

STEHT DAS KODIFIKATIONSPRINZIP
DES BGB DEM ERLOSS VON
LANDESRECHTLICHEN VORSCHRIFTEN
IM ARBEITSRECHT ENTGEGEN?

von

HANS FEY

1961

STEHT DAS KODIFIKATIONSPRINZIP DES BGB DEM ERLASS
VON LANDESRECHTLICHEN VORSCHRIFTEN
IM ARBEITSRECHT ENTGEGEN?

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Hans Fey

1960



Referent: Prof.Dr.Dr.h.c. Alfred Hueck

Correferent: Prof.Dr. Rolf Dietz

Tag der mündlichen Prüfung: 22.2.1961
(Schlußberatung)

Meiner Mutter und dem
Andenken meines Vaters
gewidmet

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	III
Zitierweise	XIV

Problemstellung 1

§ 1. Das Problem und seine Abgrenzung	2
§ 2. Der Streitstand	8
§ 3. Die Behandlung des Problems in dieser Arbeit	11

1. Teil

Bedeutung, Wesen und verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Kodifikationsprinzips 13

1. Kapitel. Lücken im Bundesprivatrecht 14

§ 4. Die Überwindung des positivistischen Lückenlosigkeitsdogmas	14
§ 5. Die Abgrenzung zwischen Gesetzesanwendungs- und Lückenbereich	19
§ 6. Vertragsfreiheit und Lückenbereich	25

2. Kapitel. Die rechtliche Natur des Kodifikationsprinzips 33

§ 7. Der Begriff des Sperrgesetzes	33
§ 8. Das Wesen des Kodifikationsprinzips als Sperrgesetz	35
§ 9. Kritik an der Auffassung des BAG	38

3. Kapitel. Verfassungsrechtliche Überprüfung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen 47

§ 10. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Sperrgesetze	47
§ 11. Grenzen der Zulässigkeit von Sperrgesetzen	50
§ 12. Stellungnahme zu den im Schrifttum gegen die Zulässigkeit von Sperrgesetzen erhobenen Einwendungen	58

2. Teil

Kodifikationsprinzip und Arbeitsrecht 67

4. Kapitel. Lücken im Arbeitsprivatrecht des Bundes 68

§ 13. Lücken in älteren Gesetzen 68

§ 14. Vertragsfreiheit und Lückenbereich im Recht
des Arbeitsverhältnisses 78

§ 15. Lücken und Tarifautonomie 83

5. Kapitel. Geltung des Kodifikationsprinzips auch im
Arbeitsrecht 91

§ 16. Die historische Auslegung des Kodifikations-
prinzips 91

§ 17. Die objektive Auslegung des Kodifikations-
prinzips 94

§ 18. Kritik an der Auffassung BÖTTCHERS 99

6. Kapitel

§ 19. Kodifikationsprinzip und öffentlich-recht-
liche Arbeitsschutzvorschriften der Länder 103

Zusammenfassung 109

LITERATURVERZEICHNIS

- Anschütz Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933.
in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, I. Band, 1930 (zit. Anschütz, HdbSTR).
- Arnät Reichsverfassung, Kommentar, 3. Aufl. 1927.
- Bachof Über die Geltung des Art. 104 des Grundgesetzes oder von der Aufgabe des Richters zur Ausfüllung von Gesetzeslücken, JZ 1951 S. 737.
- Bastian Der Richter als Gesetzgeber, Diss. Mainz 1955.
- Baur Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ArchZivPrax 153 (Jahrg. 1954) S. 393.
Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957 S. 193.
- Bender Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts, JZ 1957 S. 593.
- Bergbohm Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I. Band, 1892.
- Bernhard Das "Apotheken-Stop-Gesetz", DÖV 1953 S. 370.
- Bieberstein, Freiherr Marschall von Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, 1927.
- Biermann Bürgerliches Recht, I. Band, 1908.
- Blomeyer Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. 1957.
- Boehmer Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, I. Buch 1950, II. Buch 1. Abteilung 1951, II. Buch 2. Abteilung 1952 (zit. Boehmer, Grundlagen).
Einführung in das bürgerliche Recht, 1954 (zit. Boehmer, Einführung).
- Bötticher Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts? RdA 1958 S. 361.

- Bogs Zur Entwicklung der Rechtsform des Tarifvertrages, in: Festschrift für Julius von Gierke, 1950, S.39 (zit. Bogs, Tarifvertrag).
- Autonomie und verbandliche Selbstverwaltung im modernen Arbeits- und Sozialrecht, RdA 1956 S.1.
- Boldt-Steffens Kommentar zur Gewerbeordnung, 1955.
- Borchert Das Verhältnis des Reichsrechts zum Landesrecht in Entwicklung und Gegenwart des deutschen Staatsrechts, Diss. Bonn 1938.
- Brecher Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Nikisch, 1958, S.227.
- Bühler Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, Kommentar, 3. Aufl. 1929.
- Bührig Probleme der Arbeitsgerichtsbarkeit, in: Die Rechtseinheit im Deutschen Arbeitsrecht, 1951, S.75 (zit. Bührig, Rechtseinheit).
- Die Stellung des Arbeitsrechts in der Rechtsordnung, AuR 1953 S.2.
- Zum Begriff und Wesen des Arbeitsrechts, AuR 1955 S.225.
- Coing Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950.
- Cosack-Mitteis Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 8. Aufl. 1927.
- Crome System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, 1900.
- Dahs Bundesarbeitsrecht und Landesarbeitsrecht, RdA 1949 S.321.
- Denecke Abändernde Gesetzesauslegung im Arbeitsrecht? RdA 1953 S.412.
- Dersch Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB, RdA 1958 S.441.
- Die Entwicklung des Urlaubsrechts in der Rechtsprechung in grundsätzlichen Fragen, RdA 1959 S.327.
- Die Urlaubsgesetze, Kommentar, 1954 (zit. Dersch, Urlaubsgesetze)

- Dilcher Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960 S.1040.
- Doehl Reichsrecht bricht Landesrecht, AöR 51 (n.F. 12, Jahrg. 1927) S.37.
- Drabik Arbeitsrechtliche Rundschau in Nordrhein-Westfalen, RdA 1956 S.145.
- Dronke Zur Revision des Begriffes Kodifikationsprinzip, GruchBeitr 44 (Jahrg. 1900) S.703.
- Dürig in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 1.-3. Lieferung 1960.
- Eck Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band, 1. u. 2. Aufl. 1903.
- Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 9. Aufl. 1903.
- Engel Die Bedeutung des in Art.2 der Reichsverfassung ausgesprochenen Grundsatzes, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen, Diss. Breslau 1910.
- Engisch Der Begriff der Rechtslücke, in: Festschrift für Sauer, 1949, S.85 (zit. Engisch, Rechtslücke).
- Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl. 1959 (zit. Engisch, Einführung).
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl. 1959.
- Esser Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953 S.521.
- § 242 BGB und die Privatautonomie, JZ 1956 S.555.
- Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956 (zit. Esser, Grundsatz).
- Eyermann-Fröhler Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 1960.

- Farthmann Zur Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen, RdA 1958 S.338.
- Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960 S.5.
- Fischer Das nordrhein-westfälische Urlaubsgesetz, BB 1956 S.1206.
- Fleiner Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung in ihrem gegenseitigen Verhältnis im Rechte Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 6, 1929.
- Forsthoff Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 1940 (zit. Forsthoff, Verfassungsgeschichte).
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1958 (zit. Forsthoff, Lehrbuch).
- Frey Die richterliche Rechtsschöpfung, AuR 1955 S.257.
- Galperin Unwirksamkeit der Kündigung und Kündigungsschutz, BB 1948 S.305.
- Der gegenwärtige Stand: Bundesrecht, partielles Bundesrecht und Landesrecht im Arbeitsrecht, in: Die Rechtseinheit im deutschen Arbeitsrecht, 1951, S.23 (zit. Galperin, Rechtseinheit).
- Gebhard Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 1932.
- Geib Die Besonderheiten des schleswig-holsteinischen Personalvertretungsrechts, DVBl. 1954 S.382.
- Giese Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, Kommentar, 7. Aufl. 1926.
- Grau Vom Vorrang der Bundeskompetenzen im Bundesstaat, in: Festschrift für Heinitz, 1926, S.358.
- Grewe In welchem Rahmen wird sich die künftige Bundesgesetzgebung abspielen? in: Bundesrecht und Bundesgesetzgebung, 1949.
- Gros in: AR-Blattei, Urlaub, Anmerkung zu Entscheidung 27.

- Grossmann Harald Die Vertragsfreiheit als ökonomisches und juristisches Ordnungsprinzip, Diss. / Freiburg 1957.
- Grossmann Ruprecht Änderung der vorkonstitutionellen Länderurlaubsgesetze durch die Länder? BB 1960 S.867.
- Güntner Gesetzliches und richterliches Billigkeitsrecht, unzulässige Rechtsausübung und Verwirkung im Arbeitsrecht, AuR 1957 S.169-321-364.
- Haas Die Bindung des Landesstrafrechts an die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Reichsstrafgesetzbuches, Diss. Erlangen 1931.
- Hänel Deutsches Staatsrecht, I. Band, 1892.
- Halisch Die sozialen Vorstellungen der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Würzburg 1959.
- Haupt Vertragsfreiheit und Gesetz, ZAkDR 1943 S.84.
- Heimann Das Verhältnis der Günstigkeitsklauseln in den Länder-Urlaubsgesetzen zu der Regelung in Manteltarifverträgen, RdA 1955 S.422.
- Nochmals: Bundestarifvertrag und Landesgesetz, RdA 1957 S.341.
- Heinze Über die Tragweite von § 5 des Einführungsgesetzes zum St.G.B. für den Norddeutschen Bund und über das allgemeine formelle Verhältnis der Reichsgesetzgebung zur Landesgesetzgebung, Der Gerichtssaal 30 (Jahrg. 1878) S.561.
- Hensel in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, II. Band, 1932.
- Herrfahrdt in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Loseblattausgabe).
- Herrmann Das Verhältnis des Bundesrechts zum Landesrechte und die daraus sich ergebenden Folgen für die Landesgesetzgebung und das Verhältnis von Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Diss. München 1957.
- Herschel Entwicklungstendenzen des Arbeitsrechts, RdA 1956 S.161.
- Gesetzbuch der Arbeit - heute? Betrieb 1959 S.1440.

- Hessel Sind die Urlaubsgesetze der Länder Hamburg und Württemberg-Baden grundgesetzwidrig? AuR 1956 S.267.
- Das kollektive Element im Einzelarbeitsverhältnis, Betrieb 1958 S.837.
- Hopfner Nochmals das Apotheken-Stop-Gesetz, Deutsche Apotheker-Zeitung 1955 S.9.
- Hueck Band I des Lehrbuchs des Arbeitsrechts von Hueck-Nipperdey, 6. Aufl. 1959 (zit. Hueck, Lehrb.).
- Die Gefahr der Rechtszersplitterung, RdA 1948 S.81.
- Die Rechtszersplitterung im Arbeitsrecht und die Notwendigkeit der Rechtseinheit. in: Die Rechtseinheit im Deutschen Arbeitsrecht, 1951, S.9 (zit. Hueck, Rechtseinheit).
- Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Festschrift für Apelt, 1958, S.57 (zit. Hueck, Sozialstaatsgedanke).
- Die Pflicht des Arbeitgebers zur Wiedereinstellung entlassener Arbeitnehmer, in: Festschrift für Hedemann, 1958, S. 131 (zit. Hueck, Wiedereinstellung).
- Hueck-Fikentscher Die Einwirkung von Arbeitsschutznormen auf das Arbeitsverhältnis, BABl. - Arbeitsschutz 1957 S.63.
- Ipsen Die Unzulässigkeit einer Neuregelung des Personalvertretungsrechts durch den Landesgesetzgeber, RdA 1954 S.81.
- Joachim Die Einheit des Arbeitsrechts, Betr.Verf. 1955 Nr.4 S.11.
- Kaskel-Dersch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957.
- Kastner Bundesprivatrecht und Landesprivatrecht, Diss. Köln 1957.
- Kauffmann Der Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis, NJW 1960 S.1645.
- Kern Zur Auslegung von Art.72, 125 GG, MDR 1950 S.68.
- Kettner Wer soll den Urlaub regeln? Arbeitgeber 1960 S.27.

- Klein Zum internationalen Privatrechte,
SeuffBlfRA 72 (Jahrg. 1907) S.471.
- Köhnlechner Apotheken-Stop-Gesetz verfassungswid-
rig? Deutsche Apotheker-Zeitung 1954
S.993.
- Koellreutter Deutsches Staatsrecht, 1953.
- Köttgen Kodifikation des Privatrechts und ar-
beitsrechtliche Zuständigkeiten der
Landesgesetzgebung, BB 1956 S.441.
- Krause Allgemeine Geschäftsbedingungen und
das Prinzip des sozialen Rechtsstaates,
BB 1955 S.265.
- Krüger Staatliche Gesetzgebung und nichtstaat-
liche Rechtssetzung, RdA 1957 S.201.
- Laband Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,
II. Band, 5. Aufl. 1911.
- Landmann-Rohmer-
Eyermann-Fröhler Kommentar zur Gewerbeordnung, II. Band,
11. Aufl. 1956.
- Landsberg Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches
vom 18. August 1896, 1. Hälfte, 1904.
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, 4.
Aufl. 1960 (zit. Larenz, Lehrbuch).

Wegweiser zur richterlichen Rechts-
schöpfung, in: Festschrift für Nikisch,
1958, S.275 (zit. Larenz, Rechtsschöp-
fung).
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
1960 (zit. Larenz, Methodenlehre).
- Lassar in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deut-
schen Staatsrechts, I. Band, 1930.
- Laufke Grundgesetz und Vertragsfreiheit, in:
Festschrift für Heinrich Lehmann, II.
Band, 1956, S.145.
- Lehmann Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-
setzbuches, 11. Aufl. 1958.
- Leß Vom Wesen und Wert des Richterrechts,
1954.

- Lorenz Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, JZ 1960 S.108.
- Lukes Gedanken zur Begrenzung des Inhalts allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Hueck, 1959, S.459.
- von Mangoldt Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 1953.
- Manigk Neubau des Privatrechts, 1938.
- Maunz Deutsches Staatsrecht, 8. Aufl. 1958 (zit. Maunz, Lehrb.).
in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 1.-3. Lieferung, 1960.
- Mavridis Der Schutzgedanke als Grundlage des Arbeitsrechts, AuR 1956 S.161.
- Meier-Hayoz Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951.
- Melsbach Deutsches Arbeitsrecht, 1923.
- Menger Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl. 1927.
- Merkel Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, Zeitschrift f. öff. Recht 1921 S.336.
- Molitor Grundzüge der neueren Verfassungsgeschichte, 1948 (zit. Molitor, Verfassungsgeschichte).
Privatrecht und öffentliches Recht im Arbeitsrecht, RdA 1951 S.254.
- Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Band: Allgemeiner Teil, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, amtliche Ausgabe, 1888.
zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, amtliche Ausgabe, 1888.
- Müller Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Betrieb 1956 S.524 und 549.
Die dem Einzelarbeitsverhältnis vom Arbeitsverband her innewohnende Beeinflussung, Betrieb 1958 S.712 und 740.

- Neumann Dirk Probleme des Urlaubsrechts, Betrieb 1957 S.68.
- Neumann Franz Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft, RdA 1951 S.1.
- Neumann-Duesberg Die Besetzung der Landesarbeitsgerichte, JZ 1953 S.371.
- Niedner Kommentar zum EGBGB, 2. Aufl. 1901.
- Nikisch Arbeitsrecht, 2. Aufl., I. Band 1955, II. Band 1959.
- Nipperdey Band II des Lehrbuchs des Arbeitsrechts von Hueck-Nipperdey, 6. Aufl. 1957 (zit. Nipperdey, Lehrb.).
- Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzes, in: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, IV. Band, 1929, S.203 (zit. Nipperdey, Arbeiterschutz).
- Bundesprivatrecht und Landesprivatrecht, NJW 1951 S.897.
- Peters in: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, II. Band, 1932.
- Planck Zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, AcP 75 (n.F. 25, Jahrg. 1889) S.327.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, VI. Band: Einführungsgesetz, 3. Aufl. 1905.
- Poetzsch-Heffter Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl. 1928.
- Posener Das Deutsche Reichsrecht im Verhältnisse zum Landesrechte, 1900.
- Preuß Reich und Länder, 1928.
- Prost Über die Autonomie, NJW 1955 S.1463.
- Radbruch Rechtsphilosophie, 1950.
- Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1959 (zit. Radbruch, Vorschule).
- Raiser Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935 (zit. Raiser, AGB).
- Vertragsfreiheit heute, JZ 1958 S.1.

Ramm	Die Anfechtung des Arbeitsvertrags, 1955.
Reichel	Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915.
Reinhardt	Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957, S.115.
Reinicke G. und D.	Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze, MDR 1957 S.193.
Reuss	Die Stellung des kollektiven autonomen Arbeitsrechts im Rechtssystem, AuR 1958 S.321.
von Rönne	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, II. Band, 1. Halbband, 2. Aufl. 1877.
Rohlfing-Kiskalt	Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Aufl. 1958.
Rosenberg	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Aufl. 1960.
Schelp	Es muß der Anfang gemacht werden. Betrachtungen zur Schaffung eines Gesetzbuchs der Arbeit, RdA 1960 S.127
Schmelzer	Bundestarifvertrag und Landesgesetz, RdA 1957 S.339.
Schmidt Eberhard	Gesetz und Richter - Wert und Unwert des Positivismus, 1952.
Schmidt Martha	Rechtssicherheit, Diss. Frankfurt/M. 1938.
Schmidt-Rimpler	Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (n.F. 27, Jahrg. 1941) S.130.
Schnorr	Bundesverfassungsgericht und kollektives Arbeitsrecht, RdA 1955 S.3.
Schnorr von Carolsfeld	Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954.
Seagle	Weltgeschichte des Rechts, 1951.
Seifert-Geeb	Das Deutsche Bundesrecht, Abt. I A 10.
Sellmann	Anmerkung zum Vorlagebeschluß des Bayer. VGH v. 3.12.1954, DVBl. 1955 S.166.
von Seydel	Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1897.

- Siebert** Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Nipperdey, 1955, S.119 (zit. Siebert, Kollektivnorm).
- Einige Entwicklungstendenzen im neueren Individualarbeitsrecht, RdA 1958 S.366.
- Beiträge zum System des geltenden Arbeitsrechts, RdA 1959 S.167.
- Sinzheimer** Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927.
- Soergel-Bauer** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Band: Einführungsgesetz, 8. Aufl. 1955.
- Sommer** Bundestarifvertrag und Landesgesetz, RdA 1956 S.26.
- Staudinger-Brändl** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band: Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 1957.
- Staudinger-Gramm** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, VI. Band: Einführungsgesetz, 10. Aufl. 1939.
- Staudinger-Nipperdey-Möhlen-Neumann** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, 11. Aufl. 1958.
- Stenographische Berichte** von der Beratung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage, 1896 (zit. Sten.Ber.RT).
- Stier-Somlo** Reichs- und Landesstaatsrecht, I. Band, 1924.
- Stoll** Art.152 (Vertragsfreiheit), in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. v. Nipperdey, III. Band, 1930, S.175.
- von Tuhr** Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, 1910.
- Viehweg** Topik und Jurisprudenz, 1953.
- Wach** Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, I. Band, 1885.
- Weber** Erfordernisse der Rahmengesetzgebung, DÖV 1954 S.417.
- Weigelin** Die Lücken im Recht, IherJ 88 (n.F. 52, Jahrg. 1939/40) S.1.

- Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952 (zit. Wieacker, Geschichte).
- Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1952 (zit. Wieacker, Sozialmodell).
- Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956 (zit. Wieacker, Präzisierung).
- Gesetz und Richterkunst, 1957 (zit. Wieacker, Richterkunst).
- Wiese Die Verfassungswidrigkeit der nachkonstitutionellen Urlaubsgesetze der Länder, RdA 1957 S.81.
- Wolff Wie weit gilt nach Artikel 123 bis 126 des Grundgesetzes bisheriges Recht fort? DRZ 1950 S.1.
- Zimmermann Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Berichtigung der Gesetze, NJW 1952 S.959.
- Zinn Der Bund und die Länder, AöR 75 (n.F. 36, Jahrg. 1949) S. 291.
- Zitelmann Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht, 1902.
- Zweigert Gleichberechtigung - judge made? JZ 1953 S.248.
- Das Schrifttum ist berücksichtigt, soweit es bis Ende November 1960 erschienen ist.

ZITIERWEISE

Im folgenden werden nur die Namen der Autoren mit der Seitenzahl des aus dem Literaturverzeichnis ersichtlichen Werkes angegeben. Bei mehreren Werken des gleichen Autors wird ein Kurztitel verwendet. Aufsätze in Zeitschriften und anderen periodisch erscheinenden Veröffentlichungen werden nach Verfasser, Veröffentlichung, Jahrgang (bzw. Band) und Seite zitiert. Die Abkürzung "a.a.O." wird nur bei Bezugnahmen innerhalb einer Fußnote gebraucht. Bei Entscheidungen, die in der Loseblattausgabe "Arbeitsrechtliche Praxis" (AP) abgedruckt sind, wird häufig zur näheren Kennzeichnung der angezogenen Stelle die Blattzahl angegeben (Bl. = Blatt, R = Rückseite).

PROBLEMSTELLUNG

§ 1. Das Problem und seine Abgrenzung

1. Die Bundesrepublik Deutschland ist ein Bundesstaat. Sowohl der Bund als auch die Länder besitzen Souveränität¹⁾. Eine gegenseitige Einschränkung der Staatsgewalt ergibt sich jedoch daraus, daß die staatlichen Funktionen zwischen Bund und Ländern aufgeteilt sind.

Bei der Zuständigkeit zur Gesetzgebung kann der im Bundesstaat bestehende Dualismus auf dreifache Weise gelöst werden: entweder ist der Bund ausschließlich zur Gesetzgebung befugt, oder es sind dies die Länder, oder es können Bund und Länder ("konkurrierend") Gesetze erlassen.

Im Grundgesetz, das die Kompetenz zur Gesetzgebung in den Art. 70-75 regelt, sind - aufgeteilt nach einzelnen Materien - alle diese Möglichkeiten verwirklicht worden. In den in Art. 73 aufgezählten Gebieten können die Länder nur dann Gesetze erlassen, wenn sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt werden (ausschließliche Gesetzgebung des Bundes, Art. 71). In den Materien des Art. 74 haben dagegen die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht, das nur bei einem Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht²⁾, keinen Gebrauch gemacht hat (konkurrierende Gesetzgebung, Art. 72)³⁾. In allen nicht aufgezählten Gebieten ist die ausschließliche Kompetenz der Länder gegeben.

-
- 1) Vgl. MAUNZ Randn.1 zu Art.31 GG, 5 u. 11 zu Art.20 GG (mit weiteren Hinweisen); BVerfG NJW 1951 S.877.
 - 2) S. Art.72 Abs.2 GG. Die dort aufgeführten Voraussetzungen sind allerdings sehr weit gefaßt, namentlich die Nr.3 ("Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse"). Daher kann ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung fast immer angenommen werden. So auch MAUNZ Randn.12 zu Art.72 GG, GREWE S.31.
 - 3) Hierher zählt auch die Rahmengesetzgebung des Art.75 GG, die nach h.M. (z.B. VON MANGOLDT Anm.2 zu Art.75 GG; a.A. z.B. MAUNZ, Lehrb. S.175) lediglich eine Unterart der konkurrierenden Gesetzgebung darstellt.

Nach Art. 30, 70 Abs.1 GG spricht eine Vermutung für die Zuständigkeit der Länder.

Seit der Gründung des Deutschen Reichs im Jahre 1871⁴⁾ besteht dieser Verfassungszustand im wesentlichen unverändert⁵⁾. Der Unterschied zwischen den drei Kompetenzmöglichkeiten war zwar im Text der Reichsverfassung von 1871 noch nicht so klar herausgearbeitet wie in dem der späteren Verfassungen, wurde aber von der Staatsrechtslehre er-

-
- 4) Im Gebiet des Norddeutschen Bundes, der ebenfalls schon Bundesstaat war, bereits seit 1867. Die Reichsverfassung von 1871 entsprach der Verfassung des Norddeutschen Bundes, die lediglich im Hinblick auf den Beitritt der süd-deutschen Staaten und die damit erst mögliche Reichsgründung in einigen Punkten abgeändert werden mußte. Vgl. FORSTHOFF, Verfassungsgeschichte S.197; KOELLREUTTER S.14; MOLITOR, Verfassungsgeschichte S.108. Wenn in dieser Arbeit von der "Zeit der Reichsverfassung von 1871" gesprochen wird, ist daher auch die Verfassungslage von 1867-1871 im Norddeutschen Bund gemeint. Vor 1867 aber lag in ganz Deutschland eine andersgeartete verfassungsrechtliche Konstellation vor, nämlich die des Staatenbundes, bei dem eine die Souveränität der Einzelstaaten beschneidende Bundesgesetzgebung nicht möglich war (vgl. KOELLREUTTER S.13; MOLITOR a.a.O. S.98; MAUNZ, Lehrb. S.150). Das Problem dieser Arbeit konnte daher erst ab 1867 im Gebiet des Norddeutschen Bundes und ab 1871 im gesamten Deutschland auftauchen. Der bundesstaatliche Charakter Deutschlands ging unter dem NS - Regime infolge der starken Zentralisierungsbestrebungen schrittweise wieder verloren (vgl. dazu KOELLREUTTER S.19) und war in der Übergangszeit von 1945-1949 aus dem entgegengesetzten Grund - nämlich wegen des Fehlens einer Zentralgewalt - zunächst überhaupt nicht mehr vorhanden (vgl. über die Nachkriegsentwicklung KOELLREUTTER S.20-23; MAUNZ, Lehrb. § 1; NIPPERDEY, NJW 1951 S.898). Während die Bundesrepublik im Grundgesetz den Bundesstaat wieder herstellte, ist die sogenannte DDR dem Gedanken des dezentralisierten Einheitsstaates gefolgt (vgl. MAUNZ, Lehrb. S.306-309).
- 5) Daher ist das aus den Epochen der Reichsverfassung von 1871 und der Weimarer Verfassung stammende Schrifttum über das Verhältnis von Bundesrecht zu Landesrecht auch heute noch von Bedeutung. Im Interesse der Klarheit werden im folgenden die Ausführungen häufig auf die Bestimmungen des Grundgesetzes und nicht auf die inhaltsgleichen Artikel der früheren Verfassungen bezogen, auch wenn auf Argumentationen eingegangen wird, die schon vor 1949 vorgetragen worden sind. Im gleichen Sinn wird weitgehend der Begriff "Bundes"recht statt "Reichs"recht verwendet.

kannt⁶⁾. Die von der Weimarer Verfassung in den Art. 6-13 vorgenommene Aufteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten hat das Grundgesetz fast unverändert übernommen⁷⁾.

Das Arbeitsrecht ist ein Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Nr.12 GG, ebenso schon Art. 7 Nr.9 Weim.Verf.). Das gleiche gilt vom bürgerlichen Recht⁸⁾. In der Reichsverfassung von 1871 gab es noch keine Materie "Arbeitsrecht". Damals war das Arbeitsrecht noch keine ausgeprägte Sonderrechtsdisziplin. Die privatrechtlichen Bestandteile zählte man zum bürgerlichen Recht, für das die konkurrierende Zuständigkeit des Reiches bestand⁹⁾. Außerdem gab es in der Reichsverfassung von 1871 noch eine Zuständigkeit für Bestimmungen "über den Gewerbebetrieb" (Art.4 Nr.1).

2. Bundesrecht ist nicht nur das vom Bund gesetzte, sondern auch das von ihm gemäß Art. 124 und 125 GG übernommene Recht. Da das BGB und sein Einführungsgesetz am 24.5.1949 innerhalb aller Besatzungszonen einheitlich galten¹⁰⁾, sind diese Gesetze nach Art. 125 Nr.1 GG Bundesrecht geworden.

Art. 55 EGBGB lautet:

"Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist."

-
- 6) Vgl. z.B. LABAND S.121/122, PREUSS S.108.
- 7) Die konkurrierende Gesetzgebung des Grundgesetzes unterscheidet sich von der der Weimarer Verfassung dadurch, daß das Bedürfnis für den Erlass von bundesrechtlichen Vorschriften nach Art.72 Abs.2 GG stets vorliegen muß, während es Art.9 Weim.Verf. nur bei zwei Materien verlangte. Unter der Reichsverfassung von 1871 gab es diese Einschränkung für den Bundesgesetzgeber überhaupt nicht.
- 8) Vgl. Art.74 Nr.1 GG, 7 Nr.1 Weim.Verf. "Bürgerliches Recht" im Sinne dieser Bestimmungen ist gleichbedeutend mit "Privatrecht" schlechthin, vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY S.2; BOEHMER, Grundlagen I S.9.
- 9) Vgl. Art.4 Nr.13 Reichsverf.1871; ferner LABAND S.121/122, VON RÖNNE S.9-11; s. auch KÖTTGEN, BB 1956 S.441.
- 10) S. NIPPERDEY, NJW 1951 S.898.

Diese Vorschrift wird ergänzt durch Art. 3 EGBGB:

"Soweit in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetze die Regelung den Landesgesetzen vorbehalten oder bestimmt ist, daß landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben oder erlassen werden können, bleiben die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft und können neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen werden."

Diese Bestimmungen¹¹⁾ wollen im Bereich des gesamten Privatrechts - abgesehen von den Vorbehaltsmaterien - das Landesrecht ausschließen¹²⁾. Sie enthalten das "Kodifikationsprinzip" des BGB. Entsprechende Vorschriften finden sich bei den übrigen Kodifikationen¹³⁾. Wenn im folgenden vom "Kodifikationsprinzip" die Rede ist, soll aber stets nur das des BGB gemeint sein.

3. Das Problem der vorliegenden Arbeit ist, ob das Kodifikationsprinzip dem Erlass von landesrechtlichen Vorschriften¹⁴⁾ im Arbeitsrecht entgegensteht. Dabei geht es

- 11) Gelegentlich wird im Zusammenhang mit Art. 55 und 3 EGBGB auch Art. 218 EGBGB erwähnt (so z.B. von NIPPERDEY, NJW 1951 S. 898 und BVerfG AP Nr. 2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl. 684R). Art. 218 wiederholt nur (offensichtlich zur Klarstellung) den Grundsatz des Art. 3 für die Übergangsbestimmungen, vgl. STAUDINGER-GRAMM Anm. 2 zu Art. 218 EGBGB. Selbständige Bedeutung kommt ihm nicht zu.
- 12) Wie der Umkehrschluß aus Art. 3 EGBGB ergibt, sollte nicht nur im Jahre 1900, sondern auch in Zukunft Landesprivatrecht lediglich in den vom EGBGB festgelegten Grenzen bestehen können. Dies wird nicht ganz richtig gesehen vom BVerfG (AP Nr. 2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl. 684), worauf BÖTTICHER, RdA 1958 S. 361/362, zutreffend hinweist.
- 13) Z.B. Art. 15 EGHGB, §§ 14 EGZPO, 4 EGKO, 6 EGStPO; in § 2 EGStGB wird das Kodifikationsprinzip auf die vom StGB erfaßten Materien beschränkt.
- 14) Unter "landesrechtlichen Vorschriften" sind Rechtsnormen aller Art zu verstehen, also Landesverfassungen, Landesgesetze, Landesrechtsverordnungen, Landesgewohnheitsrecht. Das gleiche gilt mit umgekehrten Vorzeichen vom Bundesrecht. Bundesrecht geht in allen Erscheinungsformen dem Landesrecht vor (vgl. MAUNZ Randn. 4 zu Art. 31 GG, VON MANGOLDT Anm. 2 zu Art. 31). Die Unterschiede in der Normenqualität innerhalb einer Rechtsquelle spielen daher in dieser Arbeit keine Rolle. Wenn im folgenden der Einfachheit halber öfters lediglich von "Bundesgesetzen" bzw. "Landesgesetzen" gesprochen wird,

in erster Linie darum, ob die Länder im privatrechtlichen Teil¹⁵⁾ des Arbeitsrechts Gesetze erlassen können. Das Kodifikationsprinzip bezieht sich auf das Privatrecht, nicht auf das öffentliche Recht. Bei Lücken der bundesgesetzlichen Regelung im Bereich des öffentlichen Rechts haben die Länder daher in der Regel ohne weiteres die Befugnis zur Gesetzgebung. Bei einer Gruppe von öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die mit dem Privatrecht besonders eng verzahnt sind (nämlich dem Arbeitsschutzrecht), ist es aber zumindest fraglich, ob sich die Wirkung des Kodifikations-

soll damit nicht ein Unterschied zu den sonstigen Erscheinungsformen des Bundes- bzw. Landesrechts (namentlich der Rechtsverordnung) hervorgehoben werden; diese sind vielmehr miteinbezogen. Es ist auch gleichgültig, ob die landesrechtlichen Vorschriften mit dem Bundesrecht übereinstimmen oder es ergänzen oder ihm widersprechen. Nach dem Kodifikationsprinzip soll offensichtlich j e g l i c h e s Landesprivatrecht ausgeschlossen sein.

- 15) Nach der durchaus herrschenden Meinung ist das Arbeitsrecht zwar ein einheitliches Rechtsgebiet, setzt sich jedoch aus privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestandteilen zusammen, vgl. HUECK, Lehrb. S.6; KASKELDERSCH S.4 (jeweils mit weiteren Hinweisen). Eine entgegengesetzte Richtung, die die Möglichkeit einer Scheidung von privatem und öffentlichem Recht innerhalb des Arbeitsrechts nicht mehr anerkennen und dieses als "dritte Säule des Rechtslebens" auffassen will (so vor allem BÜHRIG, Rechtseinheit S.76, AuR 1953 S.3 und AuR 1955 S.228 mit Hinweis auf einen unveröffentlichten Vortrag von GALPERIN; weitgehend auch schon SINZHEIMER S.3; zweifeln NIKISCH I S.41, der allerdings S.43 die Ansicht, das Arbeitsrecht sei eine dritte Kategorie neben privatem und öffentlichem Recht, ablehnt) hat sich bisher nicht durchsetzen können. Das Kernstück des Arbeitsprivatrechts ist das Recht des Arbeitsverhältnisses (unter Arbeitsverhältnis wird in Anlehnung an HUECK, Lehrb. S.104, das Rechtsverhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber, auf Grund dessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit verpflichtet ist, verstanden. Der Arbeitsvertrag ist die dieses Verhältnis begründende und gestaltende Willenseinigung). Ferner gehören zu ihm die wesentlichen Teile des Kollektivarbeitsrechts (also namentlich Tarifvertragsrecht, Betriebsverfassungsrecht, Arbeitskampfrecht; öffentliches Recht sind dagegen z.B. die Verfahrensvorschriften des Schlichtungsrechts, vgl. NIPPERDEY, Lehrb. S.45).

prinzips nicht auch auf sie erstreckt. Daher bezieht sich die Fragestellung im Thema der Arbeit auf das Arbeitsrecht schlechthin und nicht nur auf dessen privatrechtlichen Teil. Außerhalb des eben angedeuteten Sonderproblems, das im § 21 behandelt werden wird, sind aber nur privatrechtliche Gesetze gemeint, wenn die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder im Arbeitsrecht besprochen werden.

Im Rahmen der Arbeit wird auch zu untersuchen sein, ob bereits andere Bestimmungen des Bundesrechts, namentlich die bundesrechtlich garantierte Vertragsfreiheit und kollektive Selbstbestimmung, dem Erlaß landesrechtlicher Vorschriften im Arbeitsrecht entgegenstehen. Wenn dem so wäre, würde sich nämlich die Frage nach der Wirksamkeit des Kodifikationsprinzips erübrigen.

Dagegen kann dem Problem, inwieweit das Grundgesetz die Vertragsfreiheit¹⁶⁾ und die Koalitionsfreiheit (insbesondere die Tarifoheit)¹⁷⁾ schützt und damit Eingriffe des staatlichen Gesetzgebers überhaupt ausschließt, nicht näher nachgegangen werden. Die damit zusammenhängenden zahlreichen Fragen sind sehr umstritten¹⁸⁾. Im Ergebnis läßt sich aber eine gewisse Einhelligkeit insofern feststellen, als angenommen wird, daß sowohl die individuelle als auch die kollektive Selbstbestimmung nur in ihrer "Gesamtrichtung"¹⁹⁾ geschützt sind²⁰⁾, der staatliche Gesetzgeber daher - jedenfalls dann, wenn die legislative

16) Durch Art. 2, 3, 12, 14 GG.

17) Durch Art. 9 Abs.3 GG.

18) Das Schrifttum ist sehr umfangreich. Es seien lediglich erwähnt: zur Vertragsfreiheit: DÜRIG Randn.53-65 zu Art.2 GG; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.98-101; LARENZ, Lehrb. S.49/50; LAUFKE S.145 ff.; RAISER, JZ 1958 S.4-6; HARALD GROSSMANN S.35-47; zur Koalitionsfreiheit: NIKISCH II § 58; NIPPERDEY, Lehrb. §§ 8,9; SCHNORR, RdA 1955 S.3 (sämtliche mit ausführlichen Hinweisen).

19) NIPPERDEY, Lehrb. S.100.

20) Daraus ergibt sich, daß der staatliche Gesetzgeber die individuelle und kollektive Selbstbestimmung jedenfalls nicht abschaffen oder durch eine allumfassende Rechtssetzungstätigkeit aushöhlen darf.

Maßnahme aus Gründen des Gemeinwohls erforderlich ist²¹⁾ - nicht gehindert ist, im einzelnen regelnd einzugreifen. Daher kann hier davon ausgegangen werden, daß staatliche Rechtssetzung im Arbeitsrecht nach der Verfassung grundsätzlich möglich ist. Gegenstand der Untersuchung ist, wie i n n e r h a l b der staatlichen Rechtssetzungsgewalt die Befugnisse von Bund und Ländern aufgeteilt sind.

§ 2. Der Streitstand

Unter der Geltung der Reichsverfassung von 1871 und der Weimarer Verfassung wurde nicht angezweifelt, daß das Kodifikationsprinzip des BGB dem Erlaß von Landesgesetzen im Arbeitsprivatrecht entgegenstehe. Das Problem wird - obwohl, wie ausgeführt, die verfassungsrechtliche Lage unverändert blieb - erst seit einigen Jahren erörtert, und zwar hauptsächlich im Zusammenhang mit dem Streit um die Verfassungsmäßigkeit der Urlaubsgesetze der Länder¹⁾.

Das BAG hielt die Urlaubsgesetze der Länder für ungültig²⁾

21) Darauf weisen (im Zusammenhang mit dem in seiner Bedeutung sehr umstrittenen Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" in Art.2 Abs.1 GG) besonders DÜRIG Randn.61 zu Art.2 GG, ENNECCERUS-NIPPERDEY S.101 und LARENZ, Lehrb. S.50, hin.

1) Praktische Bedeutung hat die Frage bisher n u r bei den Urlaubsgesetzen erlangt. Es fällt auf, daß das BVerfG auf das Kodifikationsprinzip nicht einging, als es die Gültigkeit des § 16 des Bayer. Gesetzes über den Schutz der Sonn- und Feiertage vom 15.12.1949 bestätigte (BVerfGE 2,232). § 16 dieses Gesetzes befaßte sich mit dem Feiertagszuschlag, also einer Frage, die dem Recht des Arbeitsverhältnisses angehört (vgl. HUECK, Lehrb. S.250).

2) Das Gericht wurde mit den Urlaubsgesetzen der Länder Hamburg, Württemberg-Baden und Schleswig-Holstein befaßt.

und holte daher mit den Vorlagebeschlüssen vom 26.10.1955³⁾, 2.5.1956⁴⁾ und 6.7.1956⁵⁾ die Entscheidung des BVerfG gemäß Art. 100 Abs.1 GG ein. Zur Begründung führte es aus⁶⁾, das Kodifikationsprinzip gelte im Gesamtbereich des Privatrechts und damit auch im privatrechtlichen Teil des Arbeitsrechts, für eine Gesetzgebungstätigkeit der Länder sei daher kein Raum. Es konnte sich dabei auf DAHS⁷⁾, NIPPERDEY⁸⁾ und NIKISCH⁹⁾ berufen, die die gleiche Ansicht geäußert hatten. GALPERIN¹⁰⁾ hatte dagegen erklärt, das Kodifikationsprinzip widerspreche als Kompetenznorm dem Sinn und der Ordnung des Grundgesetzes.

Die Vorlagebeschlüsse führten zu einer Auseinandersetzung im Schrifttum. Den Argumenten des BAG schlossen sich HUECK¹¹⁾, WIESE¹²⁾, STAUDINGER-NIPPERDEY-MÖHNEN-NEUMANN¹³⁾, KASTNER¹⁴⁾ und KÖTTGEN¹⁵⁾ an. Der Gegenmeinung gaben

- 3) AP Nr.1 zu § 1 UrlaubsG Hamburg.
- 4) AP Nr.1 zu § 1 UrlaubsG Württemberg-Baden.
- 5) AP Nr.1 zu § 1 UrlaubsG Schleswig-Holstein.
- 6) Im Beschluß vom 26.10.1955. Die folgenden Beschlüsse enthalten im wesentlichen nur Verweisungen hierauf.
- 7) RdA 1949 S.324.
- 8) NJW 1951 S.900.
- 9) I S.51, allerdings einschränkend auf die vom BGB wenigstens grundsätzlich angesprochenen Gebiete, zu denen NIKISCH auch das Recht des Arbeitsverhältnisses zählt.
- 10) Rechtseinheit S.30, bes. Fn.6.
- 11) Lehrb. S.396.
- 12) RdA 1957 S.81.
- 13) Anm.277 zu § 611 BGB.
- 14) S.56.
- 15) BB 1956 S.441. KÖTTGEN nimmt allerdings nicht ganz eindeutig Stellung.

HESSEL¹⁶⁾, DRABIK¹⁷⁾, FISCHER¹⁸⁾, DIRK NEUMANN¹⁹⁾ sowie einige Gerichte²⁰⁾ Ausdruck. Vor allem aus den Ausführungen HESSELS ergibt sich der doppelte Angriffspunkt: er bezweifelt, daß das Kodifikationsprinzip überhaupt gültig sei, daneben, daß es - seine Gültigkeit einmal unterstellt - im Arbeitsrecht Anwendung finden könne²¹⁾.

Das BVerfG²²⁾ erklärte auf die Vorlagebeschlüsse des BAG hin die Urlaubsgesetze der Länder für gültig²³⁾. Es erkennt die Verfassungsmäßigkeit des Kodifikationsprinzips - wenn auch nicht ganz vorbehaltlos - an, ist aber der Auffassung, daß es sich heute nicht mehr auf das Arbeitsrecht erstrecke. Dieser Entscheidung haben sich DERSCH²⁴⁾, GROS²⁵⁾ und RUPRECHT GROSSMANN²⁶⁾ angeschlossen. Gegen sie hat vor

16) AuR 1956 S.267.

17) RdA 1956 S.145. Das Land Nordrhein-Westfalen erließ als letztes der Bundesländer (abgesehen von Württemberg-Hohenzollern) am 27.11.1956 (also bereits nach den Vorlagebeschlüssen des BAG) ein Urlaubsgesetz. DRABIK gibt in seinem Aufsatz die Begründung des Regierungsentwurfs wieder.

18) BB 1956 S.1206.

19) Betrieb 1957 S.68.

20) ArbG Heidelberg BB 1956 S.690; ferner das nur in einem Hinweis (BB 1956 S.1068) veröffentlichte Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 28.9.1956 (IV Sa 37/56). S. auch ArbG Emden ARSt XVI Nr.652 und ArbG Hamburg ARSt XVI Nr.98 u. 473.

21) Letzteres zieht auch STAUDINGER-BRÄNDL (Anm.12 der Einl.) in Zweifel.

22) Beschluß vom 22.4.1958, AP Nr.2 zu § 1 Urlaubsg. Hamburg.

23) Die Entscheidung hat nach § 31 Abs.2 BVerfGG Gesetzeskraft. Damit ist der Streit um die Gültigkeit der Urlaubsgesetze von Hamburg, Württemberg-Baden und Schleswig-Holstein erledigt, praktisch auch der um die Gültigkeit der übrigen nachkonstitutionellen Urlaubsgesetze. Das Problem kann aber jederzeit an anderer Stelle wieder akut werden. Wenn in dieser Arbeit gelegentlich auf die Urlaubsgesetze zurückgegriffen wird, so geschieht dies, weil das Problem bisher im Zusammenhang mit diesen Gesetzen im Schrifttum erörtert wurde und das Urlaubsrecht daher zur Bildung von Beispielen besonders geeignet ist.

24) RdA 1959 S.328.

25) AR-Blattei, Urlaub, Anm. zu Entsch.27.

26) BB 1960 S.868.

allem BÖTTICHER²⁷⁾ Stellung genommen. Er führt aus, die Ungültigkeit der Landesgesetze ergebe sich nicht nur aus dem Kodifikationsprinzip, sondern auch schon aus dem bundesrechtlich garantierten Vorrang der individuellen und kollektiven Selbstbestimmung. Seiner Kritik sind HUECK²⁸⁾, ENNECCERUS-NIPPERDEY²⁹⁾ und KETTNER³⁰⁾ gefolgt.

§ 3. Die Behandlung des Problems in dieser Arbeit

Es wurde bereits hervorgehoben, daß das Problem dieser Arbeit zwei voneinander zu unterscheidende Fragen enthält.

Der Begriff "Privatrecht" ist ein Oberbegriff¹⁾. Er enthält als den wichtigsten Bestandteil das "bürgerliche Recht", das man als das allgemeine Privatrecht bezeichnen kann²⁾. Daneben gibt es eine Reihe von privatrechtlichen Sonderdisziplinen, wie etwa die (sich untereinander gelegentlich überschneidenden) Gebiete des Handels-, Wirtschafts-, Wertpapier-, Privatversicherungs-, Urheber-, Agrarrechts³⁾. Es ist allgemein anerkannt, daß auch der privatrechtliche Teil des Arbeitsrechts nicht mehr bürgerliches Recht ist, sich vielmehr zu einem Sonderrechtsgebiet

27) RdA 1958 S.361, s. auch BB 1959 S.855.

28) Lehrb. S.970 Fn.21.

29) S.66.

30) Arbeitgeber 1960 S.28.

1) Vgl. BOEHMER, Grundlagen I S.10; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.2; LEHMANN S.4.

2) So BOEHMER, Grundlagen I S.10. ENNECCERUS-NIPPERDEY definieren es als "das auf dem Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Ergänzungsgesetzen beruhende für alle Bürger geltende deutsche Privatrecht" (S.2).

3) Vgl. dazu ENNECCERUS-NIPPERDEY S.2-7 mit zahlreichen Schrifttumsangaben für die einzelnen Gebiete.

entwickelt hat⁴⁾.

Die erste Frage muß lauten: läßt sich das Kodifikationsprinzip in Einklang mit dem Grundgesetz bringen, kann es also überhaupt privatrechtliche Gesetze der Länder verhindern? Von der Bejahung dieser Frage hängt die Berechtigung der zweiten, spezielleren ab: entfaltet dieses Kodifikationsprinzip nun auch Wirkungen in dem Sonderrechtsgebiet "Arbeitsrecht"⁵⁾?

Aus dieser Erwägung ergibt sich die Zweiteilung der Arbeit. Im 1. Teil wird die Frage, ob auch außerhalb der Vorbehaltsmaterien des EGBGB landesrechtliche Vorschriften im Privatrecht möglich sind, allgemein untersucht werden. Im 2. Teil soll dann auf die besonderen Probleme des Arbeitsrechts eingegangen werden.

4) S. zur geschichtlichen Entwicklung des Arbeitsrechts HUECK, Lehrb. §§ 2-6; NIKISCH I §§ 2-4; KASKEL-DERSCH § 2; SCHNORR VON CAROLSFELD S.39-43; BVerfG AP Nr.2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg. Die Sonderrechtsnatur zeigt sich am besten daran, daß der Wunsch nach einer Kodifizierung des Arbeitsrechts besteht. Art.157 Weim.Verf. bestimmte: "...das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht." Dieses Versprechen ist nicht erfüllt worden. Neuerdings sind wieder Bestrebungen im Gang, das Gesetzbuch der Arbeit endlich Wirklichkeit werden zu lassen. Vgl. dazu HERSCHEL, Betrieb 1959 S.1440 und SCHELP, RdA 1960 S.127, der auch auf die bisherigen Kodifikationsversuche eingeht.

5) Es wird sich erweisen, daß die zweite Frage sinnvoll nur beantwortet werden kann, wenn im Rahmen der Untersuchung der ersteren das Wesen des Kodifikationsprinzips geklärt worden ist. Das Vorgehen des BVerfG (AP Nr.2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg), das sich fast ausschließlich mit dem Problem der Geltung des Kodifikationsprinzips im Arbeitsrecht beschäftigt, die Frage nach dessen Wesen dagegen nur am Ende des Beschlusses kurz streift, erscheint daher nicht zweckmäßig.

1. T E I L

Bedeutung, Wesen und verfassungsrechtliche Zulässigkeit
des Kodifikationsprinzips

1. Kapitel

Lücken im Bundesprivatrecht

Zunächst soll untersucht werden, ob das Bundesprivatrecht Lücken enthält. Erst wenn diese Vorfrage bejaht ist, ergibt sich die Notwendigkeit, auf das Kodifikationsprinzip einzugehen. Denn eine lückenlose bundesrechtliche Regelung schließt die Länder ohne weiteres von der Gesetzgebung aus.

Der eigentliche Kern des Lückenproblems ist das Verhältnis des Richters zum Gesetz. Auf diese Frage wird in § 4 eingegangen. In § 5 soll dann der Begriff der Lücke näher bestimmt werden. Ferner ist zu klären, ob der Grundsatz der Vertragsfreiheit Lücken im Privatrecht ausschließt (§ 6).

§ 4. Die Überwindung des positivistischen Lückenlosigkeitsdogmas

In den letzten 50 Jahren hat sich in den Anschauungen über die Stellung des Richters zum Gesetz ein Wandel vollzogen.

1. Im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts herrschte im kontinentalen Europa der "juristische Positivismus". RADBRUCH¹⁾ definiert ihn als "diejenige Richtung in der Rechtswissenschaft, die aus positivem Recht mit rein intellektuellen Mitteln ohne eigene Wertung die Antwort auf jede juristische Frage finden zu können meint"²⁾. Aus dem Positivismus folgte das sogenannte Lückenlosigkeitsdogma³⁾. Man betrachtete das positive Recht als ein lückenloses

1) Vorschule S.78.

2) Innerhalb des juristischen Positivismus lassen sich verschiedene Richtungen unterscheiden, so der wissenschaftliche, der naturalistische und der Gesetzespositivismus. Vgl. WIEACKER, Präzisierung S.11 sowie die umfangreichen Darstellungen in WIEACKER, Geschichte §§ 22,23,28,29 und BOEHMER, Grundlagen II 1, 2. Kap.

3) Vgl. dazu BOEHMER, Grundlagen II 1 S.160; WIEACKER, Geschichte S.255; MEIER-HAYOZ S.214; RADBRUCH, Vorschule S.79; LESS S.13; BASTIAN S.2.

System. Zwar sprach man auch damals von Lücken des Gesetzes⁴⁾. Man glaubte aber, die "logische Expansionskraft"⁵⁾ eines Gesetzes reiche so weit, daß sich sämtliche erdenklichen Rechtsfälle durch eine l o g i s c h e Operation aus dem Gesetz heraus lösen ließen⁶⁾. Lücken waren also nach dieser Ansicht gewissermaßen ein äußerlicher Mangel des Gesetzes, der sogleich verschwindet, wenn der Richter das Gesetz einem logischen Schlußverfahren unterwirft. Recht und Gesetz galten als identisch⁷⁾. Dem Richter wies man die Rolle eines "Mundes" zu, der "die Gesetze verkündet"⁸⁾. Man nahm an, daß seine Tätigkeit rein kognitiv sei, nämlich ein Akt der Subsumtion von Sachverhalten unter ausschließlich durch das positive Recht vorgegebene hypothetische Urteile⁹⁾.

Zur Zeit der Schaffung des BGB stand der Positivismus noch in Blüte¹⁰⁾. Zwar waren damals schon einige Stimmen einer neuen Auffassung, nämlich der Freirechtsschule¹¹⁾, laut geworden. Diese Richtung gewann aber erst in den Jahren nach dem Inkrafttreten des Gesetzeswerks an Gewicht. Sie antwortete auf das vom Positivismus propagierte Extrem der Gesetzesverherrlichung mit dem entgegengesetzten Extrem der Gesetzesverachtung. Sie wird heute allgemein abgelehnt¹²⁾.

4) Vgl. etwa ENDEMANN S.75, ECK S.16, VON TUHR S.11, POSENER S.49 und 64. Dies erklärt sich schon daraus, daß man den Versuch des preußischen ALR, durch eine Vielzahl von Bestimmungen jegliche Lücke auszuschließen, allgemein als gescheitert betrachtete.

5) BERGBOHM S.387.

6) Kennzeichnend der Satz "lex semper loquitur".

7) Soweit man Recht und Gesetz einander gegenüberstellte, sah man das Recht dabei nur als eine "logische Erweiterung des Gesetzes" an (ENGISCH, Rechtslücke S.85 Fn.4).

8) MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois, XI, 6: "les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi."

9) Am reinsten hat diese Lehre wohl BERGBOHM vertreten, der sich nachdrücklich gegen das Naturrecht wandte.

10) Vgl. auch ESSER, Grundsatz S.145.

11) Vgl. dazu BOEHMER, Grundlagen II 1 S.158; WIEACKER, Geschichte S.343; LESS S.15; BASTIAN S.9.

12) Vgl. (statt vieler) ENNECCERUS-NIPPERDEY S.317, 316; WIEACKER, Richterkunst S.6.

Mit nachhaltiger, bis in die Gegenwart reichender Wirkung griff das herrschende Dogma dann die gemäßigte "Interessenjurisprudenz" der sogenannten Tübinger Schule an¹³⁾.

2. Auch heute ist der Positivismus noch nicht endgültig überwunden. Besonders in der Gerichtspraxis zeigt sich die Neigung, Entscheidungen selbst dann "aus dem Gesetz" zu begründen, wenn dieses keine Stütze bietet, ja vielleicht sogar eine gänzlich andersgeartete Haltung einnimmt¹⁴⁾. Als herrschend kann aber heute die Auffassung gelten¹⁵⁾, die zwar die Bindung des Richters an das Gesetz¹⁶⁾ grundsätzlich anerkennt, zugleich aber darauf hinweist, daß es im gesetzten Recht¹⁷⁾ - und namentlich auch im BGB, das den

13) Vgl. BOEHMER, Grundlagen II 1 S.190; WIEACKER, Geschichte S.341; BASTIAN S.8 (jeweils mit weiteren Hinweisen).

14) LESS S.49 spricht mit Recht von "methodischen Künsteleien" der Praxis; WIEACKER, Richterkunst S.4, von "trügerischer Gesetzestreue um den Preis von Erschleichungen und Fiktionen" und dem "eigentümlich hohlen Lippendienst der Gerichte". Vgl. auch LESS S.21,50,72, 75,82,99,100,103; BRECHER S.244; MEIER-HAYOZ S.223 Fn. 12. ESSER, Grundsatz S.5 (vgl. auch S.11) macht darauf aufmerksam, daß zahlreiche Rechtsinstitute in allen Rechtssystemen bei analogen Verhältnissen bekannt sind, ohne Rücksicht darauf, ob das Gesetz sie kennt. Die Gerichte bemühen sich jedoch oft krampfhaft darum, das Institut aus einer gesetzlichen Bestimmung abzuleiten. Aufschlußreich ist auch der Hinweis ESSERS auf die "frappierende Kontinuität der Judikatur auf weiten Zivilrechtsgebieten vor und nach 1900" (a.a.O. S.221).

15) Erwähnt seien aus letzter Zeit besonders ESSER, LARENZ, WIEACKER, LESS und MEIER-HAYOZ, die in ihren (im Literaturverzeichnis genannten) Arbeiten diese Lehre ausführlich begründen; vgl. ferner ENGISCH, Einführung S.107; COING S.254; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.274,336. Aus der Rechtsprechung seien genannt das Gutachten des BGH zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Art.117 GG (BGHZ 11, Anh. S.36 ff.) und die Entscheidung des BVerfG hierzu (BVerfGE 3,225).

16) Diese folgt schon aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG), vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY S.317.

17) Dem gesetzten Recht ist das Gewohnheitsrecht gleichzustellen, da es wie jenes Rechtsquellencharakter besitzt. Vgl. MEIER-HAYOZ S.60; COING S.230; WEIGELIN IherJ 88 S.4; HENSEL S.319. ENGISCH, Einführung S.135, präzisiert so: "Gibt das Gewohnheitsrecht eine Auskunft, wo das Gesetz keine gibt, so finden wir zwar eine gesetzliche Lücke vor, aber keine Lücke des positiven Rechts."

Gesamtbereich des Privatrechts regeln will und zudem bereits 60 Jahre alt ist - zahlreiche Lücken gibt, die sich nicht durch eine rein begriffliche Deduktion aus anderen gesetzlichen Bestimmungen ausfüllen lassen. Lücken im Gesetz sind unvermeidlich. Es gibt zwar Lebensverhältnisse, die - weil rechtlich indifferent - einer rechtlichen Normierung nicht zugänglich sind und die man daher dem "rechtsfreien Raum" zurechnet¹⁸⁾. Aber die Mehrzahl der vom Gesetz ungelösten Fragen gehört zu denen, die notwendigerweise rechtlich gelöst werden müssen¹⁹⁾. Nach dem "Justizverweigerungsverbot"²⁰⁾ kann der Richter beim Vorliegen einer Lücke die Entscheidung nicht ablehnen. Er muß in diesem Fall rechtsschöpferisch tätig werden, also die Normen, die er anwenden will, erst selbst erarbeiten²¹⁾. In diesem Sinne spricht man heute von "freier Rechtsfindung", "Richterrecht", "Juristenrecht", "Gerichtsrecht", "richterlicher Rechtsschöpfung"²²⁾. Die Befugnis zur richterlichen Rechtsschöpfung ist in Deutschland gesetzlich nicht besonders hervorgehoben²³⁾, wohl aber gewohnheitsrechtlich aner-

18) Z.B. die Bereiche des reinen Denkens, des Glaubens, Liebens; die geselligen Beziehungen; der Kunstgenuß. Vgl. ENGISCH, Einführung S.136; WEIGELIN, IherJ 88 S.3; LARENZ, Methodenlehre S.280.

19) MEIER-HAYOZ S.59: "Unter Gesetzeslücke versteht man das Fehlen einer e r f o r d e r l i c h e n gesetzlichen Anordnung".

20) Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY S.274; COING S.251; ENGISCH, Einführung S.136; LARENZ, Methodenlehre S.279; RADBRUCH, Vorschule S.78; ESSER, Grundsatz S.148 (mit Hinweisen auf Bestimmungen des ausländischen Rechts, in denen dieses Verbot niedergelegt ist).

21) Der Richter setzt aber - abgesehen von besonderen Fällen wie dem des § 31 Abs.2 BVerfGG - keine allgemeinverbindlichen Normen, sondern entscheidet nur einen Einzelfall mit bindender Wirkung. Allerdings können sich aus dem Richterrecht gewohnheitsrechtliche Normen entwickeln.

22) Diese Ausdrücke besagen das gleiche, werden allerdings im Schrifttum nicht immer ganz einheitlich verwendet.

23) Hinweise finden sich allerdings in Art.20 Abs.3 GG ("Gesetz und Recht") und in §§ 137 GVG, 45 Abs.2 Satz 2 ArbGG, 11 Abs.4 VwGO ("Fortbildung des Rechts").

kannt²⁴⁾. In der Schweiz kommt sie dagegen in dem berühmten Art.1 Abs.2 ZGB²⁵⁾ zum Ausdruck²⁶⁾.

3. Der Richter entscheidet in der Regel aber auch dann, wenn ihm gesetzliche Normen nicht zur Verfügung stehen, nicht willkürlich, nur an Zweckmäßigkeitserwägungen orientiert. Es gibt "außer dem Gesetzesrecht weite Bereiche außergesetzlichen Rechts, das für den Richter verbindlich ist"²⁷⁾. Die Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung sind dabei nach LARENZ²⁸⁾ die "Natur der Sache", die "Fallvergleiche", eine "entwickelte Lehre", die "Grundsätze und Prinzipien des historischen Rechtsganzen" und besonders die - allen diesen Tatbeständen immanente²⁹⁾ - Rechtsidee³⁰⁾. WIEACKER³¹⁾ nennt als "Summe der praktischen Regeln guter richterlicher Urteilkunst" die "bestimmten Verfassungsprinzipien", die "positivierbaren und eindeutig bestimmten kulturellen Anschauungen unserer Zeit und Kultur", die "anerkannten Regeln richterlicher Billigkeit", die "Natur der Sache" und die "bewährte Lehre und Judikatur". Ähnlich formulieren auch andere Schriftsteller³²⁾. Es handelt sich

24) Vgl. MEIER-HAYOZ S.223 (mit weiteren Hinweisen); EN - GISCH, Einführung S.152; WEIGELIN, IherJ 88 S.11.

25) "Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."

26) Aber selbst in der Schweiz beruft sich die Praxis nur ungern auf die freie Rechtsfindung, vgl. MEIER-HAYOZ S.123.

27) WIEACKER, Richterkunst S.12.

28) Rechtsschöpfung S.281.

29) Vgl. Rechtsschöpfung S.304.

30) In seiner "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" formuliert LARENZ, daß dann, wenn der Richter die Lösung nicht aus dem Gesetzestext oder der "immanenten Teleologie" des Gesetzes entnehmen könne, das "Bedürfnis des Verkehrs", die "Natur der Sache" und "rechtsethische Prinzipien" für ihn maßgebend seien (S.305).

31) Richterkunst S.12,17.

32) Besonders eingehend sind die "aus der Rechtsidee für die Rechtsfindung naheliegenden praktischen Gesichtspunkte" bei ENNECCERUS-NIPPERDEY S.343 beschrieben. Ausführliche Hinweise auch bei ENGISCH, Einführung S.151,190.

hierbei aber stets nur um Anhaltspunkte, um Hilfsmittel für den Richter. Man würde in die Schwächen positivistischen Denkens verfallen, wollte man annehmen, daß der Richter beim Fehlen gesetzlicher Regelung das übergesetzliche Recht lediglich "anwenden" muß³³⁾. Im Bereich der freien Rechtsfindung steht die *schöpferische* Eigenwertung des Richters im Vordergrund³⁴⁾. Auf diese Weise sind sehr bedeutende Rechtsinstitute *praeter* und auch *contra legem* entwickelt worden. Erwähnt seien Sicherungsübereignung³⁵⁾, culpa in contrahendo³⁶⁾, Verkehrssicherungspflicht³⁷⁾, Einziehungsermächtigung³⁸⁾, Geschäftsgrundlage³⁹⁾, allgemeines Persönlichkeitsrecht⁴⁰⁾ und Stellung des nichtrechtsfähigen Vereins⁴¹⁾.

§ 5. Die Abgrenzung zwischen Gesetzesanwendungs- und Lückenbereich

Da der Richter zwar dem Gesetz unterworfen ist, beim Fehlen gesetzlicher Vorschriften aber rechtsschöpferisch tätig

33) Vgl. auch ESSER, Grundsatz S.2.

34) Die moderne rechtswissenschaftliche Doktrin betont in zunehmendem Maße die Bedeutung des "topischen" Rechtsdenkens im Gegensatz zum "axiomatischen" Denken. Vgl. dazu namentlich die Arbeiten von VIEHWEG "Topik und Jurisprudenz" und ESSER "Grundsatz und Norm"; s. ferner LARENZ, Methodenlehre S.133/134 und ENGISCH, Einführung S.190, mit weiteren Hinweisen.

35) Vgl. BOEHMER, Grundlagen II 2 S.141; LARENZ, Methodenlehre S.308.

36) Vgl. ESSER, Grundsatz S.79; LARENZ, Methodenlehre S.304; FREY, AuR 1955 S.258.

37) Vgl. ESSER, Grundsatz S.55.

38) Vgl. LARENZ, Methodenlehre S.308.

39) Vgl. ESSER, Grundsatz S.79.

40) Vgl. LARENZ, Methodenlehre S.317.

41) Vgl. BOEHMER, Grundlagen II 2 S.167; LARENZ, Methodenlehre S.310.

werden muß, ergeben sich zwei Bereiche richterlicher Rechtsfindung¹⁾: der Gesetzesanwendungs- und der Lückenbereich. In dem einen ist er gebunden, er wendet eine ihm von einer Rechtsquelle zur Verfügung gestellte Norm an. In dem andern ist er frei, er stellt den Rechtssatz, den er für seine Entscheidung verwenden will, selbst auf.

Die hervorgehobene Unterscheidung ist freilich schematisch. Die Grenzlinie zwischen den beiden Bereichen ist schwer zu ziehen²⁾. Fast jede richterliche Tätigkeit enthält nämlich ein schöpferisches Element³⁾. Zwischen Gesetzesauslegung⁴⁾, Analogiebildung und völlig freier Rechtsschöpfung besteht kein q u a l i t a t i v e r Unterschied, sondern lediglich ein solcher nach dem Grad der Anlehnung an das Gesetz⁵⁾. Die Übergänge sind flüssig.

- 1) Der Begriff "Rechtsfindung" ist im weitesten Sinn zu verstehen, umfaßt also jede Art richterlicher Tätigkeit. Dies ist der allgemein übliche Sprachgebrauch (z.B. MEIER-HAYOZ S.3; ESSER, Grundsatz S.254; LARENZ, Rechtsschöpfung S.275; BGHZ 11, Anh. S.52). ENNECCERUS-NIPPERDEY gebrauchen dagegen (z.B. S.315) den Begriff - ohne ersichtlichen Grund - nur für die Richtertätigkeit im Lückenbereich und bei der Gebotsberichtigung.
- 2) Dies wird allgemein betont, vgl. z.B. MEIER-HAYOZ S.58; LARENZ, Methodenlehre S.275 Fn.1.
- 3) Es wird sogar behauptet, daß dies schon dann gelte, wenn eine Norm "eindeutig" auf einen Sachverhalt zuzutreffen scheint. Denn schon die Entscheidung, der Wortlaut des Textes mache eine Auslegung überflüssig, beruhe auf einer Interpretation (vgl. ESSER, Grundsatz S.254). Sowohl die Auswahl der "zutreffenden" Norm wie die Würdigung des Sachverhalts nach den in der Norm angegebenen Kriterien erfordere eine nicht lediglich mechanische Denktätigkeit (vgl. LARENZ, Rechtsschöpfung S.275). S. auch BRECHER S.236: "Jede rein begriffsjuristisch sich gebärdende Ableitung ist eine Scheinbegründung."
- 4) WILACKER, Präzisierung S.14 und Richterkunst S.7, weist zutreffend darauf hin, daß die Interpretation schon "eigene Entscheidung", nämlich "Wahl zwischen mehreren möglichen Bewertungen" ist. LESS S.10-18 gibt einen dogmengeschichtlichen Überblick über die Anerkennung des rechtsschöpferischen Charakters der Auslegung.
- 5) So auch ESSER, Grundsatz S.255 (für das Verhältnis Auslegung-Analogiebildung) und S.253 (für das Verhältnis Analogiebildung - freie Rechtsfindung).

Für die Grenzziehung zwischen Gesetzesanwendungs- und Lückenbereich ist das Maß der richterlichen Eigenwertung beim Rechtsfindungsvorgang richtunggebend. Tritt die schöpferische Tätigkeit des Richters hinter den in konkreten Normen enthaltenen Anweisungen des Gesetzgebers zurück, ist seine Entscheidung somit überwiegend durch positivrechtliche Normen mit "konkretem Ableitungswert"⁶⁾ bestimmt, so bewegt er sich im Bereich der Gesetzesanwendung. Die Auslegung ist daher noch Gesetzesanwendung⁷⁾. Er füllt dagegen Lücken aus, wenn gesetzliche Anweisungen entweder gänzlich fehlen oder so unzureichend sind, daß sie die schöpferische Richter-tätigkeit nur geringfügig beeinflussen. Dies ist schon dann der Fall, wenn der Richter einen Analogieschluß zieht⁸⁾. Zwischen Auslegung und Analogie liegt also die Grenze zwischen den beiden Bereichen der Rechtsfindung.

6) ESSER, JZ 1953 S.523.

7) Dies ist - jedenfalls heute - allgemeine Meinung, vgl. (statt vieler) ENGISCH, Einführung S.137.

8) Daß die Analogie Lücken nicht ausschließt, sie vielmehr zuschließt, wird heute ganz überwiegend anerkannt (vgl. z.B. ENGISCH, Rechtslücke S.88; BOEHMER, Grundlagen II 1 S.167; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.339; WEIGELIN, IherJ 88 S.13). Der Vorgang wird freilich oft (in positivistischem Geist) so gesehen, als erfordere das Gesetz die Analogiebildung zwingend. Der Richter unterstellt aber einen im Gesetz nicht geregelten Sachverhalt nicht auf Grund formallogischer, sondern selbständig teleologischer Erwägungen einer rechtsähnlichen Vorschrift. ESSER, Grundsatz S.253, bemerkt mit Recht, die Analogiebildung sei nicht Erkenntnisquelle, sondern Argument und Rechtfertigung für einen Akt gesetzesfremder Rechtsbildung: "Zwar unterscheiden sich Analogiebildung und freie Rechtsfindung nach Prinzipien durch den Grad ihrer Anlehnung an vorhandene Autoritäten, aber diese Anlehnung ist nicht der primäre Rechtsfindungsvorgang. 'Starting point' ist stets die 'ratio', die dem Gesetz nach den Maßstäben richterlich geprägter Grundsätze zgedacht wird, und wie sehr man sich auch um den Nachweis dieser ratio im positiven Text bemühen möge - das ist Beiwerk, nicht Grund der Analogie." Ebenso BRECHER S.235: "Der Maßstab der Gleichheit kann der Logik nicht entnommen werden und alles innergesetzliche Vergleichen hilft nicht bis zum Ende, weil erst die Kriterien der Vergleichbarkeit gesucht werden müssen. Irgendwo von draußen muß der Maßstab hergeholt werden."

2. Eine erschöpfende Behandlung der mit dem Lückenproblem zusammenhängenden Fragen ist im Rahmen dieser Arbeit nicht veranlaßt⁹⁾. Es soll lediglich auf einige für die Durchführung der Arbeit bedeutsam erscheinende Fragen hingewiesen werden.

a) Eine Lücke liegt in der Regel vor, wenn ein Lebenssachverhalt nicht unter die ausgelegten Normen subsumiert werden kann. Das Gesetz kann absichtlich schweigen, weil man etwa eine Frage der Wissenschaft und Rechtsprechung zur näheren Ausgestaltung überlassen wollte, es kann aber auch eine Frage übersehen haben - oft deshalb, weil sie erst nach Erlaß des Gesetzes durch eine Änderung der Lebensverhältnisse entstanden ist¹⁰⁾. Aus dem Schweigen des Gesetzes ist allerdings manchmal auch zu entnehmen, daß es sich bei einem Punkt (wenigstens für die ihm bekannten und vorschwebenden Fälle¹¹⁾) negativ entschieden hat. Es liegt dann ein "qualifiziertes Schweigen"¹²⁾ und damit keine Lücke vor¹³⁾. Ob dies der Fall ist, ergibt die Auslegung (argumentum e contrario).

b) Eine Lücke liegt in der Regel dann nicht vor, wenn ein Lebenssachverhalt unter die ausgelegten Normen subsumiert werden kann. Aber auch hier ist eine sehr wichtige Ausnahme zu vermerken. "Eine Lücke besteht nämlich nicht nur da, wo der Ausspruch des Gesetzes zu eng, sondern ganz ebenso sehr

9) Es sind zahlreiche Unterscheidungsversuche unternommen worden, um den Begriff der Lücke zu klären. Die herausgestellten Gegensatzpaare (z.B. bewußte - unbewußte, offene - verdeckte Lücken u.ä.) überschneiden sich oft; manchmal handelt es sich auch nur um terminologische Schwierigkeiten. Auf diese Problematik soll hier nicht näher eingegangen werden. Näheres bei ENGISCH, Rechts-lücke S.88; LARENZ, Methodenlehre S.286; MEIER-HAYOZ S.59; BASTIAN S.54 (jeweils mit weiteren Hinweisen).

10) Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY S.338.

11) Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY S.341.

12) MEIER-HAYOZ S.70. LARENZ, Methodenlehre S.279, spricht von "beredtem Schweigen".

13) Ebenso MEIER-HAYOZ S.72; LARENZ, Methodenlehre S.279; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.341. Beispiel: die erschöpfende Aufzählung der Entmündigungstatbestände in § 6 BGB.

auch da, wo sein Ausspruch zu weit gefaßt ist"¹⁴⁾. Zur Lückenhaftigkeit kann also auch die Nichtberücksichtigung von Sondertatbeständen führen, die "aus zwingenden Gründen einer Ausnahmebehandlung bedürfen würden"¹⁵⁾. Um solche "Ausnahmelücken"¹⁶⁾ festzustellen, ist in besonderem Maße eine Wertung erforderlich¹⁷⁾. Es wird als unbefriedigend empfunden, daß der Gesetzgeber dem Vorliegen der Ausnahmesituation nicht durch eine "vernünftige", "verständige", "sachgemäße", "angemessene", "passende" Regelung¹⁸⁾ Rechnung getragen hat. Ausnahmelücken kommen oft vor, namentlich bei einem so abstrakt und generalisierend abgefaßten Gesetz wie dem BGB¹⁹⁾. Sie werfen besonders schwierige Probleme auf, weil sie bereits in das umstrittene Gebiet der "Gebotsberichtigung"²⁰⁾ führen. Die Grenze zwischen unzulässiger Gebotsberichtigung und erlaubter Lückenergänzung ist nur schwer zu ziehen²¹⁾. Dies gilt vor allem dann, wenn der Gesetzgeber die t a t s ä c h l i c h e n Verhältnisse zwar zutreffend gesehen hat, seine W e r t v o r - s t e l l u n g e n sich jedoch mit denen der tragenden

14) REICHEL S.95/96.

15) REICHEL S.96.

16) Diesen Ausdruck verwendet auch MEIER-HAYOZ S.65. Die Terminologie ist nicht einheitlich. Man spricht auch von "Wertungslücken", "uneigentlichen Lücken", "verdeckten Lücken". Näheres bei MEIER-HAYOZ a.a.O.; LARENZ, Methodenlehre S.281; BASTIAN S.68 mit weiteren Hinweisen.

17) Vgl. ENGISCH, Rechtslücke S.93. Die Wertung ist auch sonst aus der Lückenfeststellung nicht wegzudenken, s. LARENZ, Methodenlehre S.283.

18) Zusammenstellung dieser im Schrifttum verwendeten Begriffe bei ENGISCH, Rechtslücke S.90/91.

19) So schon REICHEL S.96. Ein gutes Beispiel findet sich in BGHZ 4,153 und 13,360. Der Große Senat für Zivilsachen lehnte die Anwendbarkeit des § 400 BGB für gewisse Sonderfälle ab. Er stellte damit eine Ausnahmelücke in dem beschriebenen Sinn fest (so auch ZIMMERMANN, NJW 1952 S.960; zweifelnd ENGISCH, Einführung S.174).

20) Vgl. dazu ENNECCERUS-NIPPERDEY S.344; BOEHMER, Grundlagen II 1 S.176 ff. (bes. S.182-184).

21) Vgl. ENGISCH, Einführung S.175.

Volksschichten in Widerspruch setzen²²⁾.

c) Lücken werden auch dadurch nicht verhindert, daß das Gesetz Generalklauseln aufstellt²³⁾. Die in diesem Bestimmungen enthaltenen Richtlinien²⁴⁾ sind meist sehr unbestimmt und lassen dem Richterrecht breiten Raum²⁵⁾. Aus Generalklauseln lassen sich die Entscheidungen des Richters nicht formallogisch ableiten, auch wenn dies sehr häufig nach außen hin geschieht²⁶⁾. Sie geben vielmehr dem Richter den Auftrag, innerhalb der sehr weit gesteckten Grenzen rechts-

22) Dieser Widerspruch kann von Anfang an vorhanden sein; meist entsteht er jedoch durch Änderung der Bewertungen im gesellschaftlichen Bewußtsein. LARENZ, Methodenlehre S.304 (ähnlich ENGISCH, Rechtslücke S.94 und Einführung S.175; REINICKE, MDR 1957 S.194) will von Lückenergänzung nur sprechen, solange sich der Richter an der dem Gesetz zugrunde liegenden Intention und Zwecksetzung, also an den Wertungsmaßstäben des Gesetzgebers orientiert. Geht der Richter über die Teleologie des Gesetzes noch hinaus, müsse dafür eine eigene Rechtfertigung gefunden werden. Der Richter dürfe entgegen den Wertungen des Gesetzes nur entscheiden, wenn andernfalls ein "Rechtsnotstand, d.h. ein Zustand, in dem der Rechtsgedanke Schaden zu leiden droht", entstünde. LARENZ ist zuzugeben, daß die Gebotsberichtigung nur unter strengen Voraussetzungen zulässig ist. Dies schließt aber nicht aus, die zulässige Gebotsberichtigung in den Begriff "Lückenergänzung" miteinzubeziehen. Denn dem Entschluß der Nichtanwendung des an sich einschlägigen Gesetzes muß regelmäßig eine richterliche Gesetzesergänzung folgen, weil durch die Ignorierung meist eine ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke entsteht (vgl. BENDER, JZ 1957 S.600 Fn.47).

23) Ebenso ENNECCERUS-NIPPERDEY S.357; MEIER-HAYOZ S.64; LARENZ, Rechtsschöpfung S.279; BRECHER S.232; BASTIAN S.66; REINICKE, MDR 1957 S.193; FISCHER, BB 1956 S.1206; DIRK NEUMANN, Betrieb 1957 S.68; GÜNTNER, AuR 1957 S.170; a.A. ENGISCH, Rechtslücke S.88 und Einführung S.137; WEIGELIN, IherJ 88 S.8.

24) Z.B. "Treu und Glauben", "Verkehrssitte", "gute Sitte", "wichtiger Grund", "Rechtsmißbrauch", "Billigkeit", "Angemessenheit" u.ä.

25) Dies gilt namentlich auch von der Generalklausel "par excellence", dem § 242 BGB. Vgl. dazu WIEACKERS "Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB."

26) Vgl. WIEACKER, Präzisierung S.10; MEIER-HAYOZ S.154; LARENZ, Rechtsschöpfung S.270.

schöpferisch tätig zu werden²⁷⁾. Die Tätigkeit des Richters unterscheidet sich bei der Aktualisierung von Generalklauseln methodisch und dem Ziel nach nicht wesentlich von den übrigen Fällen der lückenausfüllenden Rechtsfortbildung²⁸⁾. Man kann von Lücken "intra legem" sprechen²⁹⁾.

§ 6. Vertragsfreiheit und Lückenbereich

Im folgenden ist noch die Behauptung KÖTTGENS¹⁾, das Privatrecht sei lückenlos, weil es die "Motorik der Privatautonomie"²⁾ rechtssystematisch einkalkuliere, zu prüfen. Die Frage soll am Beispiel der Vertragsfreiheit untersucht werden, weil diese für die Fragestellung der vorliegenden Arbeit besonders wichtig ist³⁾.

27) Vgl. ESSER, Grundsatz S.150. Das LAG Baden-Württemberg - vgl. oben § 2 Fn.20, S.10 - stellt mit Recht fest (S.7 der Urteilsgründe): "Wenn der deutsche Richter dem Gesetz die Entscheidung nicht entnehmen und kein Gewohnheitsrecht feststellen kann, so spricht er trotz der Berufung auf § 242 BGB nicht anders Recht, als dies Art.1 Abs.2 Schweiz. ZGB formuliert hat, nämlich nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."

28) Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY S.337 Fn.5; ESSER, Grundsatz S.150.

29) Im Gegensatz zu den Lücken "extra legem"; vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY S.387, BASTIAN S.68 mit weiteren Hinweisen.

1) BB 1956 S.442.

2) Die Privatautonomie läßt dem einzelnen Rechtsgenossen Spielraum für die selbstverantwortliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse (vgl. RAISER, JZ 1958 S.1; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.299; LUKES S.480 mit weiteren Hinweisen). Sie umfaßt neben der Vertragsfreiheit Institute wie die Eigentumsfreiheit, die Testierfreiheit, die Handels- und Gewerbefreiheit, die personenrechtliche Vereinigungsfreiheit.

3) Namentlich BÖTCHER, RdA 1958 S.365, hat im Zusammenhang mit dem Streit um die Verfassungsmäßigkeit der Urlaubsgesetze der Länder die Vertragsfreiheit als Hindernis für die Landesgesetzgebung herausgestellt.

1. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit⁴⁾ ist ein Institut des positiven Rechts⁵⁾. Es handelt sich um eine materielle Norm⁶⁾, nämlich um die konkrete Weisung an den Richter, die Wirkungen, die die Parteien durch ihre Willensbildung er-

- 4) Die Vertragsfreiheit ist "die von der Rechtsordnung zugelassene und sanktionierte Möglichkeit, schuldrechtliche Beziehungen frei, d.h. ausschließlich unter Beachtung der Regeln über Willenserklärungen und Konsens zu begründen" (DILCHER, NJW 1960 S.1040). Sie zählt zu den wichtigsten Grundsätzen der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung. Sie tritt als Abschluß- und innere Gestaltungsfreiheit auf. Näheres bei BLOMEYER S.81; DILCHER a.a.O.; ENNECCERUS-LEHMANN S.119; LARENZ, Lehrb. § 5; HARALD GROSSMANN S.15,25 (jeweils mit weiteren Hinweisen).
- 5) Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist im BGB nicht ausdrücklich hervorgehoben (ob man in § 305 BGB die Normierung der Vertragsfreiheit erblicken kann, wie dies z.B. BLOMEYER S.81 und WIEACKER, Geschichte S.290, tun, erscheint sehr fraglich. Dagegen kann man wohl mit BÖTTICHER, RdA 1958 S.365, für das Dienstvertragsrecht den Primat der Parteivereinbarung aus § 612 BGB entnehmen). Das System des Schuldrechts geht aber offensichtlich von ihm aus (insbesondere dadurch, daß es fast allen schuldrechtlichen Bestimmungen, zum Teil unmittelbar aus dem Wortlaut erkennbar, dispositiven Charakter beilegt), so daß man ihn als im positiven Bundesprivatrecht angelegt betrachten kann. Vgl. zu der Frage RAISER, JZ 1958 S.2; ESSER, Grundsatz S.70/71; BOEHMER, Einführung S.196 Fn.31; HARALD GROSSMANN S.54. Die Weimarer Verfassung zählte die Vertragsfreiheit in ihrem Grundrechtskatalog eigens auf (Art.152); das Grundgesetz hat diese Bestimmung nicht übernommen.
- 6) So auch LARENZ, Rechtsschöpfung S.300, der den Unterschied zwischen unmittelbar anwendbaren "Grundsätzen" (zu denen er auch die Vertragsfreiheit zählt) und den unbestimmteren "Prinzipien", die nicht "lex", sondern nur "ratio legis" sind, hervorhebt (LARENZ weist a.a.O. S.301 zutreffend darauf hin, daß auch die "Prinzipien" gelegentlich positiv formuliert werden, z.B. "Treu und Glauben" in § 242 BGB. Dadurch werden sie aber nicht unmittelbar anwendbare, konkrete Normen). Auch ESSER, JZ 1956 S.557, führt aus, daß der Richter bei der Privatautonomie grundsätzlich auf die Auslegung, nicht die Rechtsschöpfung, verwiesen sei. Vgl. ferner ESSER, Grundsatz S.70/71,80,158; RAISER, JZ 1958 S.1; PORTZSCH-HEFFTER Anm.I 4b zu Art.12 Weim.Verf.

zielen wollen, als bindend anzuerkennen⁷⁾. Der Richter bewegt sich daher nicht im Lücken-, sondern im Gesetzesanwendungsbereich, wenn er die Vertragsfreiheit der Parteien beachtet.

Die Vertragsfreiheit schließt als materielle Norm des Bundesrechts entgegenstehendes Landesrecht⁸⁾ ohne weiteres aus⁹⁾. Man könnte allenfalls die Frage aufwerfen, ob die bundesrechtliche Regelung der Vertragsfreiheit nach dem Willen des Gesetzgebers nicht subsidiär sein soll. Bundesrecht kann sich diese Wirkung stets - also auch dann, wenn es eine Regelung in der Sache selbst enthält - zulegen und damit dem Länderrecht den Vortritt lassen¹⁰⁾. Manchmal ordnet dies der Bundesgesetzgeber ausdrücklich an (so z.B. bei den Vorbehaltsmaterien des EGBGB), manchmal ist dieser

-
- 7) RADBRUCH, Rechtsphilosophie S.244, drückt dies treffend so aus: "Vertragswille ist...wohl Wille, sich zu binden, nicht jedoch schon Bindung. Wille kann niemals Verpflichtung erzeugen, nicht fremde, aber auch nicht eigene Verpflichtung, er kann höchstens die Sachlage hervorbringen wollen, an die eine über ihm stehende Norm die Verpflichtung knüpft. Nicht der Vertrag bindet also, sondern das Gesetz bindet an den Vertrag. Vertragsbindung ist nicht geeignet, der gesetzlichen Bindung als Grundlage zu dienen, sie setzt die gesetzliche Bindung gerade umgekehrt voraus." Ebenso SCHMIDT-RIMPLER S.163, der auch nachweist (S.159-161), daß der Vertrag nicht als eine Rechtsquelle angesehen werden kann. Weitere Hinweise bei HARALD GROSSMANN S.15.
- 8) Dies gilt jedenfalls vom zwingenden Landesrecht. Ob die Länder auch gehindert sind, dispositives Recht zu setzen (wozu freilich in aller Regel ein wesentlich geringeres Bedürfnis bestehen wird als zum Erlaß zwingenden Rechts) mag dagegen zweifelhaft sein. Da die Parteien das dispositive Recht abdingen können, wird in die bundesrechtlich garantierte Vertragsfreiheit theoretisch nicht eingegriffen; praktisch wird ihnen deren Verwirklichung aber doch erschwert.
- 9) So auch BÖTTICHER, RdA 1958 S.365. Sein Hinweis auf RGZ 68,195 ist allerdings wenig geeignet, diese Auffassung zu stützen. Das RG begründet a.a.O. (vgl. S.200,202) die Ungültigkeit der landesrechtlichen Vorschriften aus dem Kodifikationsprinzip. Hier kommt es jedoch gerade darauf an, ob die bundesrechtlich garantierte Vertragsfreiheit auch ohne Rücksicht auf das Kodifikationsprinzip entgegenstehendes Landesrecht ausschließt.
- 10) Vgl. z.B. LABAND S.117; MAUNZ Randn.13 zu Art.31 GG.

Wille durch Auslegung zu ermitteln. Bei der Vertragsfreiheit ist eine solche Auslegung nicht veranlaßt. Denn sie ist eine der Grundlagen des Systems des bürgerlichen Rechts. Daß das Gesetz den Ländern eine Durchbrechung des so wichtigen Grundsatzes der Vertragsfreiheit (außerhalb der Vorbehaltsmaterien) erlaubt habe, könnte man nur beim Vorliegen einer ausdrücklichen Bestimmung dieses Inhalts annehmen¹¹⁾.

2. Dennoch ist die Ansicht KÖTTGENS, das Privatrecht sei im Hinblick auf die Privatautonomie lückenlos geregelt, nicht richtig¹²⁾. Der Privatautonomie sind Grenzen gesetzt. Dies gilt namentlich auch von der Vertragsfreiheit¹³⁾.

- 11) Unter der Weimarer Verfassung wurde allerdings die Auffassung vertreten, die Vertragsfreiheit könne nicht nur durch Reichs- sondern auch durch Landesrecht beschränkt werden; vgl. STOLL S.180,186; ANSCHÜTZ Anm.1 zu Art.152 Weim.Verf.; GIESE Anm.3 zu Art.151 Weim.Verf. Man stellte den Satz des Art.152 Weim.Verf. "Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze" (in dem man nicht nur den verfassungsrechtlichen Schutz, sondern auch die eigentliche Geltungsquelle der Vertragsfreiheit sah, vgl. STOLL S.183) dem des Art.151 Abs.3 Weim.Verf. "Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet" gegenüber und schloß daraus, daß die Vertragsfreiheit, sofern es sich nicht um den rechtsgeschäftlichen Verkehr im Handels- und Gewerberecht handle, dem Eingriff auch des Landesgesetzgebers unterliege. Es mag dahingestellt bleiben, ob diese Ansicht für die Zeit der Weimarer Verfassung richtig war. Der gegenwärtigen Rechtslage entspricht sie jedenfalls nicht, Die Art.151 Abs.3, 152 Weim.Verf. sind nicht in das Grundgesetz aufgenommen worden. Die positive Geltung der Vertragsfreiheit wird heute nicht mehr aus der Verfassung abgeleitet (diese enthält nur ihren Schutz). Sie ergibt sich bereits aus dem BGB (vgl. oben Fn.5, S.26), das keine Anhaltspunkte für eine nur subsidiäre Geltung dieses Instituts enthält.
- 12) Andernfalls gäbe es im Privatrecht überhaupt kein Lückenproblem. Gerade die Vertreter der Privatrechtswissenschaften haben sich aber sehr häufig mit diesem Problem befaßt, ihnen ist die Überwindung des positivistischen Lückenlosigkeitsdogmas zu einem großen Teil zu verdanken. Es ist auch zu bedenken, daß die Privatautonomie zwar im Schuldrecht eine beherrschende Rolle spielt, ihre Bedeutung aber in den übrigen Gebieten des BGB und besonders in den privatrechtlichen Sonderdisziplinen bei weitem nicht so groß ist.
- 13) Vgl. zu diesem vielerörterten Problem z.B. LARENZ, Lehrbuch § 5; ENNECCERUS-LEHMANN S.119; BLOMEYER S.82; RAISER, AGB § 27, BOEHMER, Einführung § 26.

Eine absolute Vertragsfreiheit hat es nie gegeben. Der Gesetzgeber sah sich zu allen Zeiten veranlaßt, die Parteien in bestimmten Fällen durch zwingende Vorschriften zu binden. Dies ist besonders in den vergangenen Jahrzehnten deutlich geworden. Man kann mit RAISER¹⁴⁾ von einer allgemeinen Tendenz, die Herrschaft der Privatautonomie zurückzudrängen, sprechen. Man denke an die zahlreichen staatlichen Preisbindungen, Zwangszuweisungen, Erlaubnisvorbehalte, Verwendungsge- und -verbote, Kontingentierungen, Abschlußverbote, den Produktions-, Liefer- und sonstigen Kontrahierungszwang.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit muß sich aber nicht nur Einschränkungen durch den Gesetzgeber gefallen lassen. Es gibt Fälle, in denen ihm der Richter auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung die Anerkennung versagen muß¹⁵⁾. Man kann in solchen Fällen vom Vorliegen einer Ausnahmelücke in dem oben¹⁶⁾ beschriebenen Sinn sprechen. Es wird auch die Meinung vertreten¹⁷⁾, man dürfe die Grenzen der Vertragsfreiheit nicht unter dem Gesichtspunkt "Regel und Ausnahme" sehen, die Schranken seien ihr vielmehr wesensgemäß immanent. Der Sache nach ergeben sich aber keine Unterschiede, ob man nun die eine oder die andere Betrachtungsweise vorzieht. Wesentlich ist lediglich die Feststellung, daß es im Bereich des Schuldrechts Lebenssachverhalte gibt, die - auch ohne daß dies von einem Gesetz bestimmt werden müßte - durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht geregelt sind. Wichtiger ist die Frage, an Hand welchen Kriteriums die Grenzen der Vertragsfreiheit festzulegen sind.

14) JZ 1958 S.4.

15) So wird ein Kontrahierungszwang angenommen, wenn jemand durch die Weigerung eines Monopolträgers von dem Erwerb lebenswichtiger Güter abgeschnitten würde. Vgl. dazu LARENZ, Lehrb. S.38; RAISER, JZ 1958 S.7/8; REINHARDT S.123.

16) § 5 Ziff.2b (S.22-24).

17) So von MANIGK S.107/108; LARENZ, Lehrb. S.37,39,41/42; RAISER, AGB S.282.

Der Sinn der Vertragsfreiheit ist darin zu sehen, daß g l e i c h b e r e c h t i g t e n Beteiligten die Möglichkeit gegeben wird, in der Gestaltung ihrer gegenseitigen Beziehungen die für ihre individuellen Verhältnisse passenden Bedingungen festzusetzen. Nur unter der Voraussetzung der ungefähren Gleichwertigkeit der Partner ist im Mechanismus der freien Einigung ein "Element der Richtigkeitsgewähr"¹⁸⁾ enthalten, nur auf dieser Grundlage kann dem "natürlichen Regulativ des Marktes"¹⁹⁾ vertraut werden. Die Parteien müssen die Vertragsbedingungen frei "aushandeln" können²⁰⁾. Die wirtschaftliche Funktion der Vertragsfreiheit verkehrt sich in ihr Gegenteil, sobald sich ein Vertragspartner dem Wettbewerb entziehen kann. "Der Vertrag wird dann zum Instrument der Herrschaft über einen anderen Vertragsteil"²¹⁾. Man muß daher diese ungefähre Gleichwertigkeit der Partner als Grundvoraussetzung und allgemeine Schranke der Vertragsfreiheit ansehen²²⁾. Die Erkenntnis, daß beim Vorliegen einer auffälligen Ungleichwertigkeit der Parteien die Vertragsfreiheit nicht nur wirtschaftlich ihren Sinn verliert, sondern ihr auch rechtlich die Anerkennung versagt werden muß, ist namentlich durch die Lehre von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen²³⁾

18) REINHARDT S.116.

19) RAISER, AGB S.278.

20) Vgl. BLOMEYER S.82; BOGS, Tarifvertrag S.39; DILCHER, NJW 1960 S.1042; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.302; HAUPT, ZAKR 1943 S.86; KRÜGER, RdA 1957 S.204; LARENZ, Lehrb. S.37; REINHARDT S.117; SCHMIDT-RIMPLER passim.

21) RAISER, JZ 1958 S.3.

22) So auch ENNECCERUS-NIPPERDEY S.302, wenn es als "unabhängbare Voraussetzung der Privatautonomie" bezeichnet wird, daß die Möglichkeit des freien Aushandelns der Vertragsbedingungen und damit eine "Richtigkeitskontrolle" gegeben ist. LARENZ, Lehrb. S.37, ist ebenfalls in diesem Sinn zu verstehen, wenn er es als Sinn der Vertragsfreiheit ansieht, daß Verträge von g l e i c h b e r e c h t i g t e n Beteiligten abgeschlossen werden, und anschließend ausführt, daß sich hieraus zugleich die immanenten Grenzen der Vertragsfreiheit ergeben. Vgl. auch LUKES S.480-482; RAISER, JZ 1958 S.3.

23) Das Schrifttum zu diesem Problem ist sehr umfangreich. Es sei lediglich auf die (im Literaturverzeichnis genannten) Arbeiten von KRAUSE, LUKES, RAISER hingewiesen.

gefördert worden. Bei ihnen kann man von einer wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der Partner sehr häufig nicht sprechen²⁴⁾. RAISER²⁵⁾ feiert es als ein "Ruhmesblatt der deutschen Rechtsprechung", daß sie an diesem Punkt die klassische Neutralität gegenüber einem vereinbarten Vertragsinhalt aufgegeben und den direkten Eingriff in solche Verträge gewagt habe²⁶⁾.

Man versucht oft, die Grenzen der Vertragsfreiheit unmittelbar aus dem BGB heraus zu begründen²⁷⁾. Da das BGB es nicht für notwendig gehalten hat, eine generelle Schranke aufzustellen²⁸⁾, griff man zunächst auf die Sittenwidrigkeit (§§ 138, 826 BGB) zurück. Da man aber mit der Sittenwidrigkeit allein nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen gelangen konnte, wurde in zunehmendem Maße auch die allgemeine

24) Man hat daher zahlreiche Versuche unternommen, um die Macht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einzudämmen. Sofern man diesen Bestimmungen nicht Rechtsnormcharakter zumißt, ist - was nicht immer genügend beachtet wird - die Frage nach den Grenzen der Zulässigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im wesentlichen identisch mit der nach den Schranken der Vertragsfreiheit überhaupt. Dies heben auch LARENZ, Lehrb. S.80 Fn.3 und LUKES S.479 (mit weiteren Hinweisen) hervor. Man kann allenfalls die Frage aufwerfen, ob der Vertragsfreiheit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht in noch stärkerem Maß die Anerkennung versagt werden muß als bei Individualverträgen.

25) JZ 1958 S.7.

26) Vor allem im Zusammenhang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde eine Lehre entwickelt, daß die Parteien auch von den dispositiven Gesetzesbestimmungen nicht frei, sondern nur beim Vorliegen sachlicher Gründe abweichen dürften. Vgl. dazu besonders ENNECCERUS-NIPPERDEY S.301/302 (mit ausführlichen Schrifttumshinweisen), wo darauf hingewiesen wird, daß dies nicht nur bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern (wenn gleich in schwächerem Maße) auch in anderen Fällen gelte und zwar gerade dann, wenn die Gleichwertigkeit der Partner nicht gegeben sei.

27) Neuerdings wird auch in dem Sozialstaatsprinzip des Art.20 GG eine Beschränkung der Vertragsfreiheit gesehen; vgl. KRAUSE, BB 1955 S.268; s. auch BAGE 1,138 und dazu MÜLLER, Betrieb 1956 S.526 und HUECK, Sozialstaatsgedanke S.67/68.

28) Vgl. RAISER, AGB S.278.

Generalklausel des § 242 BGB herangezogen²⁹⁾. Aber auch hiergegen sind Bedenken erhoben worden³⁰⁾. Diesen Versuchen gegenüber ist festzustellen, daß die Schranken der Vertragsfreiheit unabhängig davon bestehen, ob sie (mehr oder weniger krampfhaft) aus einer gesetzlichen Bestimmung "abgeleitet" werden³¹⁾. Die Bezugnahme auf unbestimmte Generalklauseln, namentlich die des § 242 BGB, ist so gut wie wertlos. Denn Generalklauseln schließen im allgemeinen Lücken nicht aus³²⁾.

29) Vgl. bei KRAUSE, BB 1955 S.268. Ausführliche Schrifttumshinweise auch bei HARALD GROSSEKANN S.62.

30) So von ESSER, JZ 1956 S.556/557; RAISER, AGB S.281/282; LUKES S.467/468.

31) AGB S.282.

32) S. oben § 5 Ziff.2c (S.24/25).

2. Kapitel

Die rechtliche Natur des Kodifikationsprinzips

Die Untersuchungen im 1. Kapitel haben ergeben, daß das Bundesprivatrecht Lücken enthält. Auf dieser Grundlage kann nun - nach Erläuterung des Begriffes "Sperrgesetz" (§ 7) - das Wesen des Kodifikationsprinzips geklärt werden (§ 8). Anschließend soll noch auf die von der hier vertretenen Meinung abweichende Ansicht des BAG eingegangen werden (§ 9).

§ 7. Der Begriff des Sperrgesetzes

Nach Art. 72 Abs. 1 GG muß der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch machen, um die Kompetenz der Länder ausschließen zu können. Den Begriff des "Gebrauchmachens" bestimmt das Grundgesetz nicht.

In aller Regel erläßt der Bund konkrete (= materielle) Normen, die dem Richter bestimmte oder durch Auslegung zu ermittelnde Weisungen geben. Wenn dies der Fall ist, sind die Länder am Erlaß von Gesetzen gehindert, ohne daß es noch eines besonderen Hinweises des Bundesgesetzgebers hierauf bedürfte. Andernfalls - wenn also eine Lücke in dem im 1. Kapitel beschriebenen Sinn vorliegt - sind die Länder grundsätzlich zur Gesetzgebung befugt. Die Möglichkeit einer Richterrechtsbildung schließt die Kompetenz der Länder nicht aus. Die Rechtsprechung ist der Gesetzgebung - auch der der Länder - nachgeordnet. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder erfährt nur durch Normen des Bundesrechts eine Einschränkung.

Gelegentlich versucht der Bund aber auch dann, wenn keine konkreten bundesrechtlichen Normen bestehen, die Länder von der Gesetzgebung zu verdrängen. Es handelt sich um Gesetze, die ohne sachliche Regelung ein Verbot der Landes-

gesetzgebung enthalten. Sie sind verschieden formuliert¹⁾, ihr Inhalt muß oft durch Auslegung ermittelt werden²⁾. So liegt im allgemeinen ein an die Landesgesetzgeber gerichtetes Verbot, Rechtsvorschriften zu erlassen, vor, wenn der Bund ohne eigene sachliche Regelung die Bestimmungen der Länder aufhebt³⁾. Auch aus Generalklauseln, die wegen ihrer Unbestimmtheit nicht als materielle Normen gelten können, läßt sich manchmal dieser Wille entnehmen⁴⁾.

Die Bundesgesetze, die eine die Landeskompetenz ausschließende Sperrwirkung ohne materielle Regelung herbeiführen wollen, sollen als "Sperrgesetze" bezeichnet werden⁵⁾.

- 1) Z.B.: "Das Nähere regelt ein Bundesgesetz"; "Die Regelung bleibt einem Bundesgesetz vorbehalten"; "Bis zum Erlaß eines Bundesgesetzes bleibt es bei der bisherigen Regelung" u.ä.
- 2) Vgl. MAUNZ Randn.5 zu Art.72 GG, Fn.3.
- 3) Die Aufhebung wäre nämlich wenig sinnvoll, wenn sie nicht zugleich ein Regelungsverbot zum Inhalt hätte. Vgl. auch BIERMANN S.76; DOEHL, AöR 51 S.83; HERRMANN S.42; BVerfGE 7,243 (für § 2 EGStGB).
- 4) Allerdings wird die Auslegung bei solchen Allgemeinbestimmungen manchmal auch zu dem Ergebnis führen, daß diese nicht den Ausschluß der Länder von der Gesetzgebung bezwecken, sondern sich nur subsidiäre Geltung beilegen wollen. So wird heute überwiegend angenommen, daß der Grundsatz von Treu und Glauben, der in § 242 BGB nur für das Privatrecht kodifiziert ist, auch im öffentlichen Recht positiv gilt (vgl. FORSTHOFF, Lehrb. S.156). Man kann daraus aber nicht folgern, daß die Länder durch diesen Grundsatz auch im öffentlichen Recht von der Gesetzgebung ausgeschlossen sein sollen.
- 5) HERRMANN (S.38) gebraucht für sie den Ausdruck "formelle Rechtssetzung". Diese Bezeichnung ist jedoch insofern nicht zweckmäßig, als man von "formellen Gesetzen" oder "Gesetzen in formellen Sinn" meist in anderem Zusammenhang spricht. Man meint damit die Einkleidung bestimmter Regierungsakte (z.B. Haushaltsplan, Kreditaufnahmen) in die Form des Gesetzes (nicht der Rechtsverordnung), um sie auf diese Weise der Zuständigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers zu unterstellen und ihnen die Publizität des Gesetzes zu verleihen (vgl. FORSTHOFF, Lehrb. S.114; ebenso schon LABAND S.61). Sperrgesetze und nur formelle Gesetze in diesem Sinn haben gemeinsam, daß sie keine materielle Regelung enthalten. Nicht bei allen formellen Gesetzen steht aber der Ausschluß der Länder von der Gesetzgebung im Vordergrund. Das Wort "Sperrgesetz" kennzeichnet daher besser als der allgemeine Ausdruck "formelles Gesetz" die besondere Zwecksetzung dieser Ge-

§ 8. Das Wesen des Kodifikationsprinzips als Sperrgesetz

1. Kodifikationen¹⁾ sind durch zwei sich gegenseitig bedingende Wesenszüge gekennzeichnet²⁾: sie nehmen für sich die vollständige und erschöpfende Regelung eines Sachgebiets in Anspruch (im Gegensatz zu Spezialgesetzen, die nur zur Regelung von Einzelfragen bestimmt sind) und legen sich ausschließliche Geltung in diesem Gebiet zu. Das Gesetzeswerk soll "mit Ausschluß anderer Rechtsquellen"³⁾ gelten. BIERMANN⁴⁾ bezeichnet daher die Kodifikation als eine "exklusive Gesetzgebung". Diese Ausschließlichkeitswirkung meint man, wenn man vom "Kodifikationsprinzip" spricht⁵⁾.

Das BGB wollte dem Landesrecht gegenüber⁶⁾ das Kodifikationsprinzip (von den Vorbehaltsmaterien abgesehen) uneingeschränkt durchführen. In den Motiven der 1. Kommission⁷⁾ heißt es:

setze. Auch ist für das Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht der Unterschied zwischen Gesetz und Rechtsverordnung ohne Bedeutung (vgl. oben § 1 Fn.14, S.5/6). Der Ausdruck "Sperrgesetz" wird auch verwendet von HOPFNER, Deutsche Apotheker-Zeitung 1955 S.11, und SELLMANN, DVBl. 1955 S.168; vgl. auch BVerfG DVBl. 1956 S.569.

- 1) Das Kodifikationsdenken entstammt dem Zeitalter der Aufklärung; vgl. SEAGLE S.410 und WIEACKER, Geschichte S.197. Der Begriff der Kodifikation ist von JEREMY BENTHAM geprägt worden (s. SEAGLE S.411).
- 2) Vgl. WIEACKER, Geschichte S.284, und WOLFF, DRZ 1950 S.3.
- 3) STAUDINGER-BRÄNDL, Anm.12 der Einl.
- 4) S.76. Vgl. auch ECK S.16, ENDEMANN S.75, LEHMANN S.35, KASTNER S.21. Demgegenüber hat es in der Rechtsgeschichte auch Gesetzeswerke gegeben, die sich trotz Strebens nach Erschöpflichkeit nur subsidiäre Geltung beilegen. So der Codex Maximilianus bavaricus civilis von 1756, den WIEACKER, Geschichte S.200, daher noch zu den Reformationen zählt. KASTNER S.21 hält ihn für eine "Kompilation".
- 5) DRONKE, GruchBeitr. 44 S.703, hebt hervor, daß diese Wirkung grundsätzlich sowohl gegenüber dem Recht untergeordneter Quellen als auch dem älteren Recht der Quelle, der die Kodifikation angehört, besteht.
- 6) Im Verhältnis zum älteren Reichsrecht ist dagegen nur ein sehr eingeschränktes Kodifikationsprinzip aufgestellt worden: Art.32 EGBGB.
- 7) Motive zum EGBGB S.146.

"Gegenüber dem Landesrechte hat das BGB den Charakter einer Kodifikation, welche den ihr angehörigen Rechtsstoff ausschließlich, d.h. dergestalt regelt, daß neben ihr keine anderweiten Rechtsnormen Geltung haben oder künftig Geltung erlangen. Das Landesprivatrecht wird in seiner Gesamtheit aufgehoben und ausgeschlossen, mag es mit dem im BGB enthaltenen Recht inhaltlich übereinstimmen, diesem Recht widerstreiten oder Lücken seiner Satzungen ergänzen. Jede privatrechtliche Bestimmung des Landesrechts muß, wenn sie ausnahmsweise in Geltung bleiben soll, durch einen Vorbehalt geschützt, jedes Institut, welches ausnahmsweise partikularrechtlicher Regelung überlassen bleiben soll, als solches bezeichnet werden."

Der Wille des Gesetzgebers ist in den Art.55,3 EGBGB klar zum Ausdruck gekommen. Wissenschaft und Rechtsprechung haben denn auch das Kodifikationsprinzip in diesem Sinn verstanden⁸⁾. Seine verfassungsrechtliche Zulässigkeit wurde unter der Reichsverfassung von 1871 und der Weimarer Verfassung nicht in Zweifel gezogen, ja nicht einmal diskutiert; auch in der Staatspraxis hielt man sich strikt an das Kodifikationsprinzip⁹⁾. Erst seit 1949 erfolgten vereinzelt Angriffe auf das Kodifikationsprinzip, vor allem im Zusammenhang mit den Urlaubsgesetzen der Länder¹⁰⁾.

2. Die eigentliche Funktion des Kodifikationsprinzips ist es, das Landesrecht dann auszuschließen, wenn das Bundesprivatrecht lückenhaft ist¹¹⁾. Denn es ist überflüssig, soweit der Anwendungsbereich der bundesrechtlichen Normen reicht. Das Bundesrecht bricht insoweit das Landesrecht, ohne daß es auf das Kodifikationsprinzip ankäme (Art.31 GG).

8) Vgl. etwa BIERMANN S.76; COSACK-MITTEIS S.14; CROME S.47; ECK S.16; ENDEMANN S.75; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.64; LANDSBERG S.40; LEHMANN S.35; NIEDNER Anm.I zu Art.55 EGBGB; PLANCK Anm.1 zu Art.55 EGBGB; POSENER S.64; STAUDINGER-BRANDL Anm.12 der Einl.; STAUDINGER-GRAMM Anm.3 zu Art.55 EGBGB; VON TUHR S.11; RGZ 55,256; ferner die oben (§ 2, S. 8-11) als Verteidiger des Kodifikationsprinzips Genannten.

9) Dies stellen NIIPERDEY, NJW 1951 S.898; KÖTTGEN, BB 1956 S.442 und WIESE, RdA 1957 S.82 zutreffend fest.

10) Vgl. oben § 2 (S.8-11). Außer von den dort genannten Autoren ist das Kodifikationsprinzip bisher - soweit ersichtlich - nicht angegriffen worden.

11) Dies betonen auch ECK S.16, ENDEMANN S.75, BIERMANN S.76, ENNECCERUS-NIPPERDEY S.65 und LEHMANN S.35.

Vom streng positivistischen Standpunkt aus braucht das Kodifikationsprinzip nicht als Sperrgesetz angesehen zu werden. Nach der Vorstellung von der "logischen Expansionskraft" des Gesetzes kann der Richter dieses auch bei Lücken durch geeignete logische Schlüsse anwenden. So gesehen, regelt das BGB lückenlos, auch wenn es zunächst Lücken aufzuweisen scheint. Das Kodifikationsprinzip ist damit gerechtfertigt. Freilich kommt ihm bei dieser Betrachtungsweise keine große Bedeutung zu; es drückt etwas nach positivistischer Auffassung Selbstverständliches aus¹²⁾. Man kann es in diesem Sinn als eine Klarstellung ansehen, als einen Hinweis an den Richter, er solle seinen Verstand gehörig anspannen, um dem BGB die Lösung jedes privatrechtlichen Falles zu entnehmen. Der Positivismus ist wohl der eigentliche Grund dafür, daß die Gültigkeit des Kodifikationsprinzips erst seit einigen Jahren angezweifelt wird¹³⁾.

Anders ist es dagegen, wenn man die oben¹⁴⁾ skizzierte Auffassung vom Verhältnis des Richters zum Gesetz zugrunde legt. Es wurde festgestellt, daß das BGB zahlreiche Lücken enthält, bei deren Ausfüllung der Richter *r e c h t s - s c h ö p f e r i s c h* verfahren muß. Da das Kodifikationsprinzip die Länder dennoch ausschließt, ist es ein Sperrgesetz. Ob es mit dem Grundgesetz in Einklang steht, läßt sich nur einer allgemeinen Prüfung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen entnehmen. Wenn Sperrgesetze verfassungsrechtlich unbedenklich sind, gilt dies auch für das Kodifikationsprinzip. Verstoßen Sperrgesetze gegen das Grundge-

12) Dementsprechend halten ENGEL S.52 (mit weiteren Hinweisen) und POSENER S.40 (für den Fall, daß man für das Verhältnis von Bundesrecht zu Landesrecht der herrschenden Derogationstheorie folge), das Kodifikationsprinzip für überflüssig.

13) NIPPERDEY, NJW 1951 S.898, führt dies dagegen darauf zurück, daß die heutige Verfassung föderalistischer gestaltet sei, wenn auch die maßgeblichen Verfassungsbestimmungen selbst unverändert geblieben seien. Es trifft zu, daß die Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes föderalistischer ist als die der Weimarer Verfassung, sie ist es aber nicht in dem Maße wie die der Reichsverfassung von 1871, unter der das Kodifikationsprinzip geschaffen wurde (vgl. GREWE S.36).

14) S. § 4 (S.14-19).

setz, dann ist auch die Gültigkeit des Kodifikationsprinzips abzulehnen.

Daß das Kodifikationsprinzip ein Sperrgesetz ist, wurde bisher im Schrifttum nicht hervorgehoben. Es wurde jedoch als unzulässige (weil gegen die Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes verstoßende) K o m p e t e n z n o r m angegriffen¹⁵⁾. Damit ist aber der Sache nach das Vorliegen eines Sperrgesetzes behauptet worden. Denn Normen des Bundesrechts, die eine m a t e r i e l l e Regelung enthalten, können im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung niemals den Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes zuwiderlaufen¹⁶⁾. Nur bei Sperrgesetzen kann es fraglich werden, ob eine Kollision mit den Kompetenzregeln der Verfassung vorliegt. Der Einwand der Kompetenznorm gilt für alle Sperrgesetze; er wird daher im Zusammenhang mit der Stellungnahme zu den gegen die Gültigkeit der Sperrgesetze erhobenen Einwendungen erörtert werden.

§ 9. Kritik an der Auffassung des BAG

Vor der näheren Untersuchung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Sperrgesetzen ist noch auf die vom BAG¹⁾ und einigen Schriftstellern²⁾ zum Kodifikationsprinzip geäußerte Ansicht einzugehen. Eine ausführliche Stellung-

15) Von GALPERIN, Rechtseinheit S.30, und im Zusammenhang mit dem Streit um die Verfassungsmäßigkeit der Urlaubsgesetze der Länder von HESSEL, AuR 1956 S.268, und dem LAG Baden-Württemberg BB 1956 S.1068.

16) Sofern sie nicht die Grenzen der im Art.74 GG aufgezählten Gebiete überschreiten und das Bedürfnis nach einheitlicher Regelung (Art.72 Abs.2 GG) besteht.

1) AP Nr.1 zu § 1 Urlaubsg Hamburg (im folgenden nur mit den Blattzahlen der AP zitiert).

2) Der Beschluß des BAG baut offensichtlich auf dem Aufsatz von NIPPERDEY in NJW 1951 S.897 auf. Dem BAG haben sich einige Autoren mit im wesentlichen gleichen Argumenten angeschlossen (vgl. oben § 2, S.9). Für die gegenwärtig interessierenden Fragen sind vor allem WIESE, RdA 1957 S.81, und KASTNER, S.50 u. 56, zu nennen. Auch NIPPERDEY, WIESE und KASTNER sind gemeint, wenn von der Auffassung des BAG gesprochen wird.

nahme³⁾ erscheint veranlaßt, da auch das BVerfG diese Ausführungen über das Wesen des Kodifikationsprinzips - trotz der entgegengesetzten Entscheidung - nicht genügend berichtet hat, so daß anzunehmen ist, daß der Beschluß des BAG auch in Zukunft die Diskussion um das Kodifikationsprinzip maßgeblich beeinflussen wird.

1. Das BAG hält unter Bezugnahme auf GEBHARD⁴⁾ Gesetze "ohne sachliche Regelung" - also Sperrgesetze - für unzulässig, das Kodifikationsprinzip aber für "gerechtfertigt und verfassungsmäßig, weil das BGB im Gegensatz etwa zum preußischen Allgemeinen Landrecht durch seine die Fülle des Lebens erfassende abstrakte Normengestaltung, durch seine Generalklauseln, durch das Prinzip der Vertragsfreiheit, durch die anerkannten Rechtsgrundsätze der Gesetzes- und Rechtsanalogie und der Rechtsfindung bei Lücken in j e d e m Privatrechtlichen Fall eine gerechte Entscheidung ermöglicht⁵⁾". Ähnlich formuliert WIESE⁶⁾, er weist zusätzlich auf die Begriffslogik des BGB hin.

Das BAG ist also der Ansicht, daß das Kodifikationsprinzip kein Sperrgesetz sei.

Die Argumentation des BAG ist widerspruchsvoll. Es erkennt an, daß das BGB lückenhaft ist und verweist außer auf die "Rechtsgrundsätze der Gesetzes- und Rechtsanalogie" auch auf die der "Rechtsfindung bei Lücken", womit nur die freie Rechtsfindung, die Richterrechtsbildung gemeint sein kann. Gleichzeitig wird aber behauptet, daß jeder privatrechtliche Fall a u s d e r K o d i f i k a t i o n h e r - a u s gelöst werden könne, daß also das BGB das Privatrecht erschöpfend regele. Damit nimmt das BAG trotz des Hinweises

3) Ziel der gegenwärtigen Untersuchung ist es, die Gültigkeit des Kodifikationsprinzips allgemein zu prüfen. Soweit sich der Beschluß mit der Problematik der Geltung des Kodifikationsprinzips im Arbeitsrecht beschäftigt, wird auf ihn erst im 2. Teil der Arbeit eingegangen.

4) S.123, nicht 132, wie vom BAG (Bl.145) und KASTNER S.50 falsch zitiert.

5) Bl.145.

6) RdA 1957 S.82,83.

auf die Lücken im BGB und die freie Rechtsfindung einen positivistischen Standpunkt ein.

Es ist richtig, daß die Gerichte jeden privatrechtlichen Fall lösen. Dazu sind sie gezwungen, wenn sie sich nicht eines Verstoßes gegen das Rechtsverweigerungsverbot schuldig machen wollen. Man kann aber - auch wenn in der Gerichtspraxis gerné Entscheidungen im Bereich der freien Rechtsfindung künstlich auf Gesetzesstellen zurückgeführt werden⁷⁾ - nicht die Augen davor verschließen, daß sich der Richter bei Lücken nicht nur an Grundgedanken des Gesetzes, sondern auch an vom Gesetz oft völlig unabhängigen Anhaltspunkten orientiert. Gerade am Beispiel des Arbeitsvertragsrechts, das den Anlaß zu dem Beschluß des BAG bildete, zeigt sich, wie wenig sinnvoll der Glaube an die erschöpfende "Regelung" des Privatrechts durch das BGB ist. Das moderne Arbeitsvertragsrecht ist zu einem großen Teil gegen die Grundgedanken des BGB entwickelt worden, auch wenn man sich dabei oft auf § 242 BGB berufen hat. ESSER⁸⁾ führt zutreffend aus, daß gerade das Arbeits- und Wirtschaftsrecht die "Illusion der Systemallmacht" der Kodifikation zerstört habe. Man löst heute arbeitsrechtliche Fälle nicht aus dem Geist des BGB heraus, sondern versucht gerade umgekehrt, die gesetzliche Regelung an den Geist der Zeit anzupassen. Die für das Kodifikationsdenken typische "Gesetzesgläubigkeit, es sei alles in dessen Grundgedanken in potentia vorweg gelöst"⁹⁾, hält einer kritischen Überprüfung nicht stand.

7) Vgl. oben § 4 Fn.14 (S.16). Die Unabhängigkeit der Richterrechtsbildung von der Kodifikation hat vor allem ESSER in seinem grundlegenden Buch "Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts" nachgewiesen, z.B. S.264,285,295. Vgl. auch LESS S.10: "Neben jedem kodifizierten System entwickelt sich..ein ungeschriebenes, nicht gesetztes, sondern allein gesprochenes Recht, das allen jeweils entgegenstehenden positivistischen Postulaten spottete."

8) Grundsatz S.64.

9) ESSER, Grundsatz S.181.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, daß man die Entwicklungsfähigkeit des BGB "auf Grund der gewählten Rechtstechnik"¹⁰⁾ hervorhebt. Es ist richtig, daß man die Generalklauseln des BGB als "Ventile" auffassen kann, die eine moderne Rechtsentwicklung ermöglichen sollen¹¹⁾. Soweit diese Bestimmungen aber nicht konkrete Anhaltspunkte für die Rechtsfindung enthalten, also Lücken schließen, besagen sie etwas, was heute ohnehin anerkannt ist: daß den Gerichten auch die Lückenausfüllung im Wege der Richterrechtsbildung übertragen ist¹²⁾. Man kann nicht daraus, daß ein Gesetz die freie Rechtsfindung anerkennt, folgern, daß nun auch jede freie richterliche Entscheidung in dem durch das Gesetz erfaßten Lebenssachgebiet auf das Gesetz zurückgeführt werden könne, also positiv durch das Gesetz vorgegeben sei. LESS¹³⁾ führt zutreffend aus, daß diese Argumentation den Begriff der Positivität ad absurdum führe¹⁴⁾.

(10) So WIESE, RdA 1957 S.83.

11) Wenn es auch sehr fraglich ist, ob damit auch Rechtsentwicklungen gedeckt sein sollen, die völlig außerhalb des Rahmens des BGB liegen oder gar gegen dessen Grundsätze verstoßen.

12) Vgl. dazu oben § 5 Ziff.2c (S.24/25).

13) S.29, mit einem plastischen Vergleich: man kann die Entlassung eines Gefangenen nicht deshalb als eine Fortsetzung seiner Gefangenschaft betrachten, weil er gezwungen wurde, die Freiheit anzutreten.

14) Dies zeigt sich auch deutlich an den Ausführungen WIESES (RdA 1957 S.85) über den Urlaubsanspruch. WIESE behauptet, der Anspruch auf Urlaub finde "letztlich in Wahrheit seine Grundlage im BGB selbst". Zwar enthalte das BGB keine ausdrückliche Vorschrift über die Urlaubsgewährung. Früher habe man daher einen solchen Anspruch verneint. Seither habe sich aber die allgemeine Rechtsüberzeugung gewandelt. Heute werde auf der Grundlage der selben Bestimmungen des BGB, die früher als für die Begründung des Urlaubsanspruchs nicht ausreichend angesehen worden seien, der Anspruch für berechtigt gehalten. Daraus schließt WIESE, daß der Urlaubsanspruch "sowohl dem Grunde als der Höhe nach den Vorschriften des BGB zu entnehmen sei". Eine Rechtsentwicklung, die sich außerhalb des Gesetzes vollzogen hat, wird hier also von WIESE mit Gewalt in das Schema der positiven Normen gepreßt. Vgl. auch LARENZ, Rechtschöpfung S.279; ESSER, Grundsatz S.151.

Auch die Hinweise auf die Begriffslogik, die "die Fülle des Lebens erfassende" abstrakte Normengestaltung und die Vertragsfreiheit können die Auffassung des BAG nicht stützen. Mit der Begriffslogik läßt sich die erschöpfende Regelung des Privatrechts durch das BGB nur vom positivistischen Standpunkt aus begründen¹⁵⁾. Ein abstrakt abgefaßtes Gesetz enthält nicht weniger, sondern eher mehr Lücken als ein Gesetz, das auf Einzelnormierungen besonderen Wert legt, wie etwa das preußische ALR¹⁶⁾. Daß auch die Vertragsfreiheit der Lückenhaftigkeit des BGB nicht entgegensteht, wurde bereits ausgeführt¹⁷⁾.

Wenn aber eine Kodifikation Lücken enthält, ist nicht einzusehen, warum - wie das BAG offensichtlich glaubt¹⁸⁾ - dieser

- 15) Zur Begriffslogik vgl. auch MEIER-HAYOZ S.219 und ESSER, Grundsatz S.6. Die Begriffslogik ist nicht mit der "Sachlogik" zu verwechseln, der bei der Richterrechtsbildung große Bedeutung zukommt, vgl. ESSER, a.a.O. passim (z.B. S.63, 347).
- 16) Zwar nehmen die Lücken "praeter legem" durch generalisierende Gesetzesgestaltung ab, dafür aber die Lücken "intra legem" zu, vgl. auch MEIER-HAYOZ S.123. Für den Richter ist es aber so gut wie bedeutungslos, ob eine Lücke intra oder praeter legem vorliegt.
- 17) Vgl. oben § 6 (S.25-32). KÖTTGEN, BB 1956 S.442, schließt sich der Auffassung des BAG, daß Sperrgesetze unzulässig seien, an, glaubt aber, daß für das "die Motorik der Privatautonomie rechtssystematisch einkalkulierende und aus diesem Grund lückenlose Privatrecht" ein summarischer Kodifikationsanspruch deswegen erhoben werden könne, weil hier eine durchgehende Regelung in der Sache selbst vorliege. Der Gedanke KÖTTGENS ist in seinem Ausgangspunkt unrichtig, weil auch die Privatautonomie an der Lückenhaftigkeit des BGB nichts ändert. Er ist aber - im Gegensatz zu dem des BAG, das Lücken anerkennt - immerhin folgerichtig, weil, wenn die Vertragsfreiheit sämtliche Lücken ausschließen könnte, in der Tat eine "Regelung" in der Sache selbst vorliegen würde (freilich wäre in einem solchen Fall die Statuierung eines Kodifikationsprinzips überflüssig).
- 18) Auch WEBER, DÖV 1954 S.418/419 und HERRMANN, S.91,95, 96 (Fn.2), die die Zulässigkeit von Sperrgesetzen entschieden verneinen, nehmen - ohne Begründung - an, daß eine Kodifikation jegliches Landesrecht in dem betreffenden Sachgebiet ausschließe, ohne Rücksicht darauf, ob die bundesrechtliche Regelung tatsächlich erschöpfend sei.

Fall anders behandelt werden soll als der eines lückenhaften Spezialgesetzes oder der, daß in einem Sachgebiet eine konkrete bundesrechtliche Regelung überhaupt fehlt. In allen diesen Fällen ist Bildung von Richterrecht an Hand der gleichen Regeln "guter richterlicher Urteilkunst"¹⁹⁾ erforderlich. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ist der Landesgesetzgeber grundsätzlich befugt, die Lücken der bundesrechtlichen Regelung auszufüllen. Wenn ihm diese Tätigkeit verboten wird, handelt es sich s t e t s um ein Sperrgesetz.

Zu der unbefriedigenden Argumentation des BAG - das ein an sich sehr zu bejahendes Ziel, nämlich die Wahrung der Rechtseinheit im Privatrecht, verfolgt - ist es offensichtlich nur durch die nicht näher begründete²⁰⁾ These von der Unzulässigkeit der Sperrgesetze gekommen. Von dieser unbewiesenen Prämisse aus blieb dem BAG, wenn es unheilvolle Rechtszersplitterung vermieden wissen wollte, nichts anderes übrig, als die erschöpfende Regelung des gesamten Privatrechts durch das BGB zu behaupten. Demgegenüber ist hervorzuheben, daß die Feststellung allein, das Kodifikationsprinzip sei ein Sperrgesetz, noch keineswegs besagt, die Länder könnten sich nun in jede von der Kodifikation offengelassene Lücke "einnisten". Ob und inwieweit die Länder trotz der Lücken im Bundesprivatrecht von der Gesetzgebung ausgeschlossen sind, kann nur eine allgemeine Untersuchung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen ergeben.

2. Das BAG schließt sich für den Fall, daß das Kodifikationsprinzip nicht uneingeschränkt anerkannt werden könne, der Auffassung von NIKISCH²¹⁾ an. NIKISCH führt aus, es scheine ihm zu weit zu gehen, wenn man jede Neuschöpfung von Landesprivatrecht außerhalb der Vorbehaltsgebiete schlechthin ausschließen wolle. Vielmehr werde man das Kodifikationsprinzip auf die im BGB grundsätzlich geregelten Sachgebiete (etwa das Recht des Dienstvertrages und

19) Vgl. oben § 4 Ziff.3 (S.18/19).

20) Das BAG verweist lediglich auf GEBHARD (s. oben Fn.4, S.39), der seine Ansicht ebenfalls nicht begründet.

21) I S.51.

damit auch das Recht des Arbeitsverhältnisses) beschränken müssen. Auch diese Auffassung kann nicht überzeugen. Das bürgerlich-rechtliche Kodifikationsprinzip bezieht sich nach Art. 55 EGBGB - im Gegensatz etwa zu dem strafrechtlichen Kodifikationsprinzip des § 2 EGStGB, das auf einzelne Materien abstellt - auf das ganze Privatrecht. Man kann daher nicht einzelne Sachgebiete schlechthin dem Kodifikationsprinzip unterstellen und andere von ihm ausnehmen. Auch gibt es für die Abgrenzung solcher Materien keine verbindlichen Maßstäbe²²⁾. Aber selbst wenn es sie gäbe: was nützt es dem Richter beim Vorliegen einer Lücke, wenn das BGB in dem betreffenden Sachgebiet zwar andere, nicht aber die ihn gerade interessierenden Fragen geregelt hat? Er muß die benötigte Regel selbst aufstellen, gleichgültig, ob die Materie überhaupt nicht oder teilweise geregelt ist. Die von NIKISCH vorgeschlagene Unterscheidung entbehrt daher der inneren Rechtfertigung. Richtig ist es vielmehr, von der jeweiligen konkreten Rechtsfrage auszugehen und zu fragen, ob aus dem Gesetz im Wege der Interpretation eine Lösung entnommen werden kann. Wenn dies nicht der Fall ist, also eine Lücke vorliegt, die Länder aber dennoch von der Gesetzgebung ausgeschlossen sind, handelt es sich stets

- 22) Beispielsweise läßt sich die Frage, ob der Urlaubsanspruch einer (im BGB nicht geregelten) Materie "Urlaubsrecht" oder einer (im BGB als Dienstvertragsrecht grundsätzlich geregelten) Materie "Arbeitsverhältnisrecht" angehört, beliebig beantworten. Das BAG meint (Bl. 147; zustimmend WIESE, RdA 1957 S. 84/85): "Es ist widersinnig, den Begriff des Rechtsgebiets, der Rechtsmaterie zu eng und den anerkannten systematischen Ordnungsgrundsätzen zuwider aufzufassen. Urlaubsrecht ist ebensowenig ein Rechtsgebiet (Rechtsmaterie) wie das Recht der Treuepflichten, der Fürsorgepflicht, der Zeugnispflicht, der Lohnzahlungspflicht. Vielmehr handelt es sich um das Gebiet des Arbeitsvertragsrechts." Was heißt hier "anerkannte" systematische Ordnungsgrundsätze? Woher bezieht die vom BAG vorgenommene Einteilung ihre verbindliche Kraft? Warum soll es "widersinnig" sein, von einer Rechtsmaterie "Urlaub" zu sprechen? NIKISCH I S. 37 sagt selbst, daß man Sachgebiete "unter den verschiedensten Gesichtspunkten" und "in beliebiger Zahl" aus der Wirklichkeit des Lebens herauschneiden könne. Jeder Gliederungsversuch läuft natürlich darauf hinaus, innerlich Zusammengehöriges zu vereinen; dabei kann man aber zu sehr verschiedenen Ergebnissen kommen. Eine bindende Einteilung gibt es nicht (vgl. dazu auch MAVRIDIS, AuR 1956 S. 161).

um ein Sperrgesetz.

3. Auch die Begründung, mit der das BAG den gegen das Kodifikationsprinzip erhobenen Einwand der Kompetenznorm aus dem Wege räumen will, kann nicht befriedigen.

Nach dem BAG²³⁾ enthält Art. 74 GG als reine Kompetenznorm nur eine Aussage darüber, auf welchen Rechtsgebieten der Landesgesetzgeber und der Bundesgesetzgeber potentiell Gesetze erlassen können. Davon sei aber die ganz andere Frage zu unterscheiden, in welchem Umfang der Bundesgesetzgeber "aktuell" die in Art. 74 GG genannten Materien geregelt habe, in welchem Umfang also aktuell die Landesgesetzgebung gesperrt sei. Das sei eine Frage des Kodifikationsprinzips.

Was das BAG unter "aktueller Regelung" versteht, wird nicht ganz deutlich. Da es Sperrgesetze für unzulässig hält, wird es wohl das meinen, was hier - dem allgemeinen Sprachgebrauch wohl besser entsprechend - als "materielle" Regelung bezeichnet wird. Das Kodifikationsprinzip ist aber keine materielle Norm. Es wurde bereits ausgeführt, daß die Funktion des Kodifikationsprinzips darin besteht, Landesrecht gerade dort auszuschließen, wo Lücken im Bundesprivatrecht bestehen, ferner, daß keineswegs alle Rechtsfälle "aus der Kodifikation heraus" gelöst werden können. Daher kann im Kodifikationsprinzip keine aktuelle = materielle Regelung enthalten sein. Eine materielle Norm liegt keineswegs schon dann vor, wenn der Bundesgesetzgeber zum Ausdruck bringt, daß er einen Sachverhalt als abschließend geregelt ansehe. Denn ob eine Lücke in der materiellen bundesrechtlichen Regelung besteht, bestimmt sich nur nach objektiven Kriterien. Eine Lücke in der materiellen Regelung kann durch eine nichtmaterielle Vorschrift - auch wenn sie sich noch so sehr den Anschein einer aktuellen Regelung gibt - nicht geschlossen werden²⁴⁾.

23) Bl. 148; ähnlich BVerfG AP Nr. 2 zu § 1 Urlaubsg Hamburg Bl. 684; BÖTTICHER, RdA 1958 S. 361/362.

24) Die Art. 55, 3 EGBGB wollen übrigens nach ihrem Wortlaut gar keine materielle Regel sein. In diesen Bestimmungen wird davon gesprochen, in welchen Gebieten die Länder Vorschriften erlassen dürfen und in welchen sie dies nicht dürfen. Das ist ganz der Sprachgebrauch einer

Unklar ist es ferner, wenn das BAG²⁵⁾ meint, das Kodifikationsprinzip bestimme "den Geltungsbereich des BGB" und sei deswegen eine materielle Norm. Es kann NIPPERDEY zugestimmt werden, wenn er ausführt²⁶⁾, es sei lediglich eine Frage juristischer Technik gewesen, ob das BGB eine große Fülle von Einzelbereichen als von sich in Anspruch genommen positiv aufzählte, oder ob es - wie geschehen und allein praktikabel - allumfassend seinen Geltungsbereich bestimmte und enumerativ einige wenige Materien ausklammerte, die vom Kodifikationsprinzip unberührt bleiben sollten. Man mag von einer materiellen Norm sprechen, wenn sich das BGB in bestimmten Vorbehaltsmaterien subsidiäre Bedeutung zulegt, obwohl seine Normen für diese Gebiete eine konkrete Regelung enthalten. Das ist aber nur e i n e Seite des Art. 55 EGBGB. Diese Bestimmung, die stets im Zusammenhang mit Art. 3 EGBGB zu sehen ist, hat zwei gänzlich verschiedene Gehalte: einmal ordnet sie an, daß die Vorschriften des BGB in bestimmten Vorbehaltsmaterien nur subsidiär sein, zum andern, daß die Normen des BGB auch dann die Länder von der Gesetzgebung verdrängen sollen, wenn Lücken im Bundesprivatrecht bestehen. Nur den letzteren Tatbestand meint man, wenn man vom "Kodifikationsprinzip" spricht; der erstere ist dagegen in diesem Zusammenhang bedeutungslos. Seine rechtliche Natur kann daher auch nicht auf das ganz andersgeartete Kodifikationsprinzip übertragen werden. Man darf die beiden Vorschriften nicht einfach deshalb, weil sie beide in e i n e r gesetzlichen Bestimmung enthalten sind, miteinander vermengen.

Kompetenznorm. Dem BAG ist freilich zuzugeben, daß bei der Schaffung dieser Bestimmungen der (positivistische) Glaube an die erschöpfende Regelung durch die Kodifikation im Vordergrund stand und daß man in Art. 55, 3 EGBGB einen Ausdruck dieses Glaubens sehen kann. Der Positivismus ist heute jedoch überwunden; wenn die Verfasser des EGBGB meinten, ein Kodifikationsprinzip deshalb aufstellen zu können, weil das BGB eine erschöpfende materielle Regelung des gesamten Privatrechts sei, so mag diese Ansicht für die damalige Zeit konsequent gewesen sein, für die heutige Auslegung der Art. 55, 3 EGBGB kann sie aber nicht mehr bindend sein.

25) Bl. 148; ebenso NIKISCH I S. 51.

26) NJW 1951 S. 899, ebenso WIESE, RdA 1957 S. 83.

3. Kapitel

Verfassungsrechtliche Überprüfung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen

Über die Frage, ob Sperrgesetze verfassungsrechtlich zulässig sind, finden sich im Schrifttum nur spärliche Hinweise. Dies ist umso auffallender, als das Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht unter allen Verfassungssystemen seit der Gründung des Norddeutschen Bundes Gegenstand zahlreicher ausführlicher Erörterungen gewesen ist. Eine eingehende Untersuchung hat das Problem bisher - soweit ersichtlich - nicht erfahren.

In § 10 wird ausgeführt, daß Sperrgesetze grundsätzlich zulässig sind, in § 11, daß Schranken für ihre Wirksamkeit bestehen. In § 12 soll dann noch zu den gegen die Zulässigkeit von Sperrgesetzen erhobenen Einwendungen Stellung genommen werden.

§ 10. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Sperrgesetze

1. Es kann als überwiegend vertretene Meinung gelten, daß Sperrgesetze **z u l ä s s i g** sind. Diese Auffassung findet sich im Schrifttum mehrfach, allerdings stets nur in kurzen Hinweisen und ohne Begründung.

Eine Gruppe von Schriftstellern¹⁾ spricht sich ausdrücklich dafür aus, daß der Bund die Länder durch ein Regelungsverbot bzw. durch die Aufhebung von Landesgesetzen von weite-

1) Unter der Reichsverf. 1871: VON RÖNNE S.7; VON SEYDEL Anm. II zu Art.2 Reichsverf. 1871;
unter der Weim.Verf.: DOEHL, AöR 51 S.82-84,86,109;
HAAS S.9;
unter dem Grundgesetz: ZINN, AöR 75 S.298; SEIFERT-GEEB S.67,142; IPSEN, RdA 1954 S.82; GEIB, DVEL. 1954 S.383; MAUNZ Randn.5 zu Art.72 GG (in Widerspruch zu der Formulierung in seinem Lehrbuch des Staatsrechts, S.175).

rer Rechtssetzung ausschließen könne. Auch wenn ausgeführt wird²⁾, der Bund könne anordnen, daß bei Aufhebung einer Bundesrechtsnorm durch den Bundesgesetzgeber die im Normalfall wiedererwachende Landeskompetenz ausnahmsweise nicht wiederaufleben soll, wird die Zulässigkeit von Sperrgesetzen bejaht³⁾. Das BVerfG hält offensichtlich Sperrgesetze ebenfalls für zulässig⁴⁾.

Eine weitere Gruppe von Autoren⁵⁾ geht zwar nicht ausdrück-

2) So von ANSCHÜTZ Anm.2 zu Art.12 Weim.Verf. (Fn.3); DOEHL, AöR 51 S.104/105; KERN, MDR 1950 S.69; MAUNZ Randn.5 zu Art.72 GG.

3) Dies stellt auch MAUNZ, Randn.5 zu Art.72 GG, fest.

4) Vgl. BVerfGE 2,236 (Entscheidung zum Bayer. Feiertagsgesetz). Die von MAUNZ (Randn.5 zu Art.72 GG Fn.3) weiter als Beleg angezogene Rechtsprechung des BVerfG besagt dagegen kaum etwas über das Problem: BVerfGE 7,29 (44) befaßt sich mit dem strafrechtlichen Kodifikationsprinzip (§ 2 EGGStGB), ohne daß sich das BVerfG darüber ausläßt, ob es dieses Kodifikationsprinzip für ein Sperrgesetz hält; in BVerfGE 7,342(354) findet sich der Beschluß des BVerfG zu den Landesurlaubsgesetzen, der ebenfalls nur das Kodifikationsprinzip des BGB anerkennt, ohne sich klar über dessen Rechtsnatur zu äußern. Falsch ist die Bezugnahme von MAUNZ a.a.O. auf BAG in BVerfGE 7,345. Das BAG hält Sperrgesetze gerade nicht für zulässig (vgl. oben § 9, S. 39). Bemerkenswert ist aber die Behandlung der Apothekenstopgesetze durch die Rechtsprechung. Diese Gesetze waren Sperrgesetze. Obwohl hierauf hingewiesen und behauptet worden war, daß Sperrgesetze unzulässig seien (so der Antrag der Bayer. Staatsregierung - s. DVBl. 1956 S.569 - , ferner HOPFNER, Deutsche Apotheker-Zeitung S.11) erklärte das BVerfG (DVBl. 1956 S.569, ebenso schon vorher Bayer. VGH DVBl. 1955 S.166 und der VGH Frankfurt/Main - mitgeteilt von KÖHNLECHNER, Deutsche Apotheker-Zeitung 1954 S.993) diese Gesetze nicht etwa wegen ihrer Natur als Sperrgesetze, sondern aus anderen Gründen für verfassungswidrig.

5) Unter der Reichsverf.1871: HÄNEL S.255; LABAND S.118; POSENER J.49; WACH S.190; BORCHERT S.44; BÜHLER Anm. zu Art.13 Weim.Verf.; STIER-SOMLO S.380;
unter der Weim.Verf.: VON MANGOLDT Anm.2 zu Art.72 GG; HERRFAHRDT Anm.II 2 zu Art.72 GG. (Autoren, die bereits in Fn.1 u. 2 genannt wurden, sind hier nicht mehr aufgezählt).

lich auf die Frage der Zulässigkeit bzw. Nichtzulässigkeit von Sperrgesetzen ein, läßt es aber von dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen des Bundesgesetzgebers abhängen, inwieweit der Bund das Landesrecht gebrochen habe, bzw. ob eine erschöpfende Normierung einer Materie vorliege. Auch solche Äußerungen enthalten - jedenfalls vom nichtpositivistischen Standpunkt aus - weitgehend eine Anerkennung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen. Denn wenn Sperrgesetze unzulässig sind, kann die Frage, ob das Bundesgesetz Lücken für die Landesgesetzgebung hinterlassen hat, nicht nach dem Willen des Bundesgesetzgebers, sondern ausschließlich nach objektiven Kriterien beantwortet werden.

2. Daß Sperrgesetze zulässig sind, läßt sich aus ihrem Wesen begründen.

Sperrgesetze stellen eine Garantie der Richterrechtsbildung dar. Denn wenn der Bund von der Setzung materieller Normen absieht und auch den Ländern verbietet, konkrete Einzelregelungen zu erlassen, bleibt das betreffende Gebiet ungeregelt. Der Richter muß dann die fehlenden Normen im Wege des Richterrechts selbst ausbilden⁶⁾.

Der Bundesgesetzgeber kann verschiedene Gründe dafür haben, die richterliche Rechtsschöpfung der staatlichen Normierung vorzuziehen. Manchmal gelingt es nicht, im Gesetzgebungsverfahren einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu erzielen; oft sieht es auch der Gesetzgeber von vorneherein für zweckmäßiger an, ein Problem der Wissenschaft und Rechtsprechung zu überlassen, als es selbst zu lösen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn es sich um juristisch schwierige und um solche Frage handelt, bei denen die künftige Entwicklung noch nicht abzusehen ist und eine starre gesetz-

6) Man darf aber den Vorgang nicht so sehen, als würde die Richterrechtsbildung durch diese Gesetze erst ermöglicht. Die Zulässigkeit der richterlichen Rechtsschöpfung hängt nicht davon ab, ob sie der Gesetzgeber für jeden Einzelfall erlaubt. Durch Sperrgesetze schützt aber der Gesetzgeber den Bereich der freien Rechtsfindung gewissermaßen gegen staatliche Normierungen ab. In diesem Sinn wird hier von "Garantie der Richterrechtsbildung" gesprochen.

liche Fixierung daher unzweckmäßig wäre⁷⁾. Wie gut die Gerichte ihre Aufgabe, neue Rechtsinstitute auszubilden, erfüllen, ergibt sich daraus, daß ein beträchtlicher Teil der neueren Gesetzgebung sich "als die nachträgliche Sanktionierung der von der Rechtsprechung im Verein mit der Rechtswissenschaft gefundenen billigen Regelung der Verhältnisse"⁸⁾ darstellt.

Der Bund muß die Länder nicht nur durch konkrete Weisungen an den Richter, wie dieser einen Rechtsfall zu entscheiden habe, sondern auch dadurch von der Gesetzgebung verdrängen können, daß er gewisse Aufgaben der Bildung von Richterrecht überläßt. Der Gesetzgeber kann nicht alle erdenklichen Fälle regeln. Es wird daher immer einen Bereich der freien Rechtsfindung geben. Es ist sinnvoll, wenn dem Bundesgesetzgeber die für die Rechtsentwicklung sehr wichtige Entscheidung darüber zusteht, welche Fragen durch Bestimmungen des staatlichen Gesetzgebers festgelegt werden und welche der richterlichen Rechtsschöpfung überlassen sein sollen. Würde man sie ihm versagen, so müßte der Bund - um die Länder von der Gesetzgebung ausschließen und so die Rechtszersplitterung vermeiden zu können - auch dann konkrete Vorschriften erlassen, wenn ihm die Freiheit des Richters von gesetzlicher Normierung eigentlich zweckmäßiger erscheint.

§ 11. Grenzen der Zulässigkeit von Sperrgesetzen

Ob der Zulässigkeit von Sperrgesetzen Grenzen gezogen sind, ist unter vier Gesichtspunkten zu untersuchen:

1. IPSEN wirft in einer kurzen Bemerkung¹⁾ die Frage auf, ob der Bund, der sich die Regelung einer bestimmten Materie durch Bundesgesetz vorbehält und damit ein Sperrgesetz schafft, nicht verpflichtet sei, innerhalb angemessener Frist das Gesetz zu erlassen.

7) Vgl. BAUR, JZ 1957 S.195.

8) LESS S.97. Ähnlich BAUR, JZ 1957 S.197.

1) RdA 1954 S.82.

Es erscheint nicht sinnvoll, eine Grenzziehung zwischen zulässigem und unzulässigem Sperrgesetz unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Beschränkung vorzunehmen. Das Wesen des Sperrgesetzes liegt in der Garantie der Richterrechtsbildung. Bei der Ausbildung von Rechtsinstituten durch die Gerichte leidet die Rechtssicherheit naturgemäß gerade am Anfang²⁾. Im Lauf der Zeit aber, wenn sich über die oberen Bundesgerichte ein fester Gerichtsgebrauch entwickelt hat, der vielleicht sogar zum Gewohnheitsrecht erstarkt, nimmt die Rechtssicherheit ständig zu. Daher wäre es wenig sachgerecht, eine zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen anzunehmen. Außerdem wäre es kaum möglich, die Frage, wann nun die "angemessene" Frist verstrichen ist, befriedigend zu beantworten. Diese wenig praktikable Grenzziehung würde nur einen unnötigen Unsicherheitsfaktor einführen.

Eine zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen ist also nicht anzuerkennen.

2. Schranken der Wirksamkeit von Sperrgesetzen könnten sich aus dem Wesen der richterlichen Rechtsschöpfung, die durch Sperrnormen garantiert wird, ergeben.

Es wurde bereits ausgeführt³⁾, daß der Richter im Lückenbereich nicht willkürlich entscheidet, daß es vielmehr eine Summe von Regeln guter richterlicher Urteilkunst gibt, die ihm bei der Rechtsschöpfung helfen. Daher befindet er sich trotz Fehlens gesetzlicher Regelung solange noch auf relativ sicherem Boden, als ihm diese spezifisch juristischen Arbeitsvoraussetzungen zur Verfügung stehen, solange es sich also um "justiziable", d.h. richterlicher Wertung zugängliche Fragen handelt.

Dies ist aber nicht immer der Fall. Manchmal benötigt der Richter bei seiner Tätigkeit eine Vorschrift, die "die Idee der materialen Gerechtigkeit hinter sich läßt und sich in der

2) ESSER (Grundsatz S.80, vgl. auch a.a.O. S.73) spricht von dem "Zoll an Rechtsunsicherheit, den jede jurisprudentielle Neubildung am Anfang ihres Daseins zu zahlen hat".

3) Oben § 4 Ziff.3 (S.18/19).

formalen Ordnungs- und Sicherheitsfunktion erschöpft oder ihr doch den Vorrang einräumt"⁴⁾. Jede gesetzliche Vorschrift hat neben der Funktion der Gerechtigkeit auch die der Rechtssicherheit. Es gibt aber Fragen, bei denen das Bedürfnis nach Rechtssicherheit besonders groß ist. Bei manchen Vorschriften kommt es weniger darauf an, wie sie ein bestimmtes Problem regeln, als daß sie eine feste Ordnung geben, eine "Ordnung um der Ordnung willen"⁵⁾. Es sind Bestimmungen "technischer Art, die allein nach Zweckmäßigkeit, vom Recht her gesehen aber beliebig getroffen werden können"⁶⁾, z.B.⁷⁾ Fristen, Vorschriften des Verfahrensrechts, Formvorschriften der verschiedensten Art, Zuständigkeitsnormen, Einzelheiten der Güterstandsregelung.

Der Richter steht vor großen Schwierigkeiten, wenn er notwendige Ordnungsnormen im Gesetz vermißt und diese Lücken nun rechtsschöpferisch schließen soll⁸⁾. Denn es fehlt bei

-
- 4) BOEHMER, Grundlagen II 2 S.72. Auf diese "Ordnungs"- oder "Richtungs"normen hat besonders MARSCHALL VON BIEBERSTEIN hingewiesen (S.115). Vgl. ferner MARTHA SCHMIDT S.55 über eine unter dem Nationalsozialismus vertretene Lehre, die die feste Bindung des Richters ans Gesetz auf die Ordnungsnormen beschränkt wissen wollte.
 - 5) BOEHMER, Grundlagen II 2 S.73, der darauf hinweist, daß natürlich auch diese Vorschriften aus sachlichen Zweckvorstellungen entstanden sind.
 - 6) LARENZ, Methodenlehre S.303.
 - 7) Vgl. auch BOEHMER, Grundlagen II 2 S.73/74; MARTHA SCHMIDT S.56; FREY, AuR 1955 S.261.
 - 8) Vgl. etwa das Beispiel von LARENZ, Methodenlehre S.303: Ein Gesetz ordnet an, daß von einem bestimmten Tag ab Verkäufe von Warenlagern nur gültig sein sollen, sofern sie in ein anzulegendes Register eingetragen sind. Die vorgesehenen Ausführungsbestimmungen werden aber bis zum Stichtag nicht erlassen. Der Richter steht vor einer mit spezifisch richterlichen Mitteln nicht zu bewältigenden Aufgabe, wenn er nun darüber befinden soll, welche Stelle das Register zu führen habe und wie dieses einzurichten sei. Ähnlichen Schwierigkeiten sah sich der Badische VGH (DVBl. 1951 S.604) gegenüber: Solange das in Art.104 Abs.2 Satz 4 GG vorgesehene Ausführungsgesetz nicht erlassen war, fehlten die für die Anwendung des unmittelbar geltenden Art.104 Abs.2 GG notwendigen Ordnungsvorschriften, insbesondere wußte man nicht, welche das Gericht über Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung zu entscheiden habe. Der Badische VGH lehnte es ab, die Lücke

solchen Problemlagen "an jedem der Rechtsordnung zu entnehmenden konkretisierungsfähigen Maßstab"⁹⁾. Vom Richter wird eine Entscheidung verlangt, die er rein nach Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten treffen soll (wobei ihm die umfangreichen Informationen und Unterlagen, die dem Gesetzgeber zur Verfügung stehen, oft fehlen¹⁰⁾. Hier verliert die richterliche Rechtsschöpfung, deren eigentliches Ziel die Erkenntnis und Verwirklichung der Rechtsidee ist¹¹⁾, ihren Sinn¹²⁾.

Der Richter muß nun allerdings manchmal auch solche der Eigenart richterlicher Arbeitsweise fremde Aufgaben übernehmen. Er wird in diesen Fällen nicht immer die Lückenfüllung einfach ablehnen können, wie dies LARENZ¹³⁾ offensichtlich annimmt¹⁴⁾. Er käme sonst mit dem Justizverweigerungsverbot in Konflikt.

zu schließen, weil der Erlaß von Zuständigkeitsnormen ausschließlich Sache des Gesetzgebers sei. Das VG Freiburg (DVBl. 1951 S.315) und der BGH (NJW 1952 S.544) füllten dagegen (mit verschiedenen Ergebnissen) diese Lücke, die durch das Fehlen einer Ordnungsnorm hervorgerufen war, aus.

- 9) LARENZ, Methodenlehre S.303; vgl. auch ESSER, Grundsatz S.78 u. 85.
- 10) vgl. LESS S.81.
- 11) S. LARENZ, Rechtsschöpfung S.305 a.E.
- 12) So auch BOEHMER, Grundlagen II 2 S.72; LARENZ, Methodenlehre S.303.
- 13) Methodenlehre S.303; ebenso der Bad. VGH (vgl. oben Fn. 8), der aber die Möglichkeit der Lückenschließung im Wege der Richterrechtsbildung überhaupt zu leugnen scheint.
- 14) Dies gilt vor allem dann, wenn ein Anspruch durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht begründet oder im Wege richterlicher Rechtsschöpfung entwickelt wurde, über die notwendigen näheren Einzelheiten, die oft Ordnungscharakter tragen, aber keine Regeln vorliegen (vgl. über solche Fälle auch MARSCHALL VON BIEBERSTEIN S.117. WEIGELIN, IherJ 88 S.5 weist ebenfalls darauf hin, daß sich die Notwendigkeit der Lückenausfüllung dann besonders deutlich zeige, wenn ein bestimmtes Lebensverhältnis schon rechtlich geregelt ist, aber einzelne Fragen keine Beantwortung gefunden haben). Der Richter kann eine Klage dann nicht deshalb abweisen, weil etwa die Ordnungsnormen, die zur Bestimmung des Umfangs des Anspruchs erforderlich sind, fehlen. Er wird die Lücke schließen müssen, auch wenn die richterliche Rechtsschöpfung in diesem Fall der Rechtfertigung aus der Rechtsidee entbehrt. So auch mit Nachdruck BACHOF, JZ 1951 S.740 (gegen die Entscheidung des Bad. VGH, vgl. oben Fn.8).

Eine andere Frage ist es aber, ob nicht das Kodifikationsprinzip für solche Fälle seine Wirksamkeit verliert¹⁵⁾.

Zu dieser These könnte man gerade nach der hier vertretenen Auffassung, die das Sperrgesetz als eine Garantie der Richterrechtsbildung ansieht und daraus seine Zulässigkeit ableitet, gelangen. Der Schluß, daß mit dem Wegfall des Sinns der freien Rechtsfindung auch deren Garantie, nämlich das Sperrgesetz, die Berechtigung verliert, liegt nahe. Dieser Konsequenz stehen aber starke Bedenken gegenüber.

Die Abgrenzung zwischen Gesetzeslücken, die der Richter mit spezifisch richterlichen Mitteln ausfüllen kann, und solchen Lücken, die durch das Fehlen notwendiger Ordnungsvorschriften entstanden sind, ist sehr schwierig. Es fällt zwar verhältnismäßig leicht, den Unterschied zwischen justiziablen Fragen und Ordnungsaufgaben *t h e o r e t i s c h* hervorzuheben und jeweils Beispiele zu nennen¹⁶⁾. Bei einer großen Anzahl

15) Anklänge an eine solche Unterscheidung finden sich in dem Beschluß des BVerfG (AP Nr.2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl.684/684R), wenn dort offengelassen wird, ob sich das Kodifikationsprinzip auch dann als Sperre für die Landesgesetzgebung auswirken kann, wenn eine "bürgerlich-rechtliche Elemente enthaltende Materie bundesrechtlich überhaupt nicht geordnet ist und eine Regelung auch nicht aus den Grundsätzen des BGB im Wege rechtsschöpferischer Auslegung gefunden werden kann". Das BVerfG sieht keinen Anlaß, auf diese Frage näher einzugehen, weil sich nach seiner Ansicht das Kodifikationsprinzip nicht auf das Arbeitsrecht bezieht.

16) So ist es - um einige Beispiele aus dem Urlaubsrecht zu bilden - sicher eine justiziable Frage, ob der Arbeitnehmer während des Urlaubs andere bezahlte Arbeit verrichten darf. Die Frage läßt sich aus dem *W e s e n* des Anspruchs auf Erholungsurlaub, der dem Gedanken der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entspringt, lösen (Gesichtspunkt der "Natur der Sache"). Der Urlaub soll der Erhaltung der Gesundheit und der Arbeitskraft des Arbeitnehmers dienen. Da anderweite Erwerbsarbeit diesem Zweck widerspricht, ist sie grundsätzlich nicht erlaubt (vgl. HUECK, Lehrb. S.403; DERSCH, Urlaubsgesetze Randn.535 ff.). Ebenso läßt sich aus der Natur des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung heraus entscheiden, ob der Abgeltungsanspruch übertragbar, vererblich, pfändbar und verzichtbar ist (Näheres bei HUECK, Lehrb. S.413; DERSCH, Urlaubsgesetze Randn.693 ff.). In das Gebiet der Ordnungsnormen gehört dagegen etwa die Frage, wie lange die Wartezeit sein soll, nach deren Ablauf der volle Urlaubsanspruch erworben wird (vgl. dazu HUECK, Lehrb. S.398; DERSCH, Urlaubsgesetze

von Fragen ist es aber zweifelhaft, welcher Gruppe man sie zurechnen soll. Der Begriff der Justiziabilität ist aufs engste mit dem viel erörterten Problem der außergesetzlichen Grundlagen der richterlichen Rechtsanwendung verknüpft. Denn wenn man feststellen will, welche Fragen der "richterlichen Wertung zugänglich" sind (oder, anders ausgedrückt, "mit spezifisch richterlichen Hilfsmitteln" gelöst werden können), muß man vorher klären, wie der Richter beim Fehlen gesetzlicher Bestimmungen vorzugehen hat. Die oben¹⁷⁾ skizzierten "Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung" umfassen Begriffe (wie etwa die "Natur der Sache", die "anerkannten Regeln richterlicher Billigkeit", die "Rechtsidee", die "positivierbaren kulturellen Anschauungen unserer Zeit"), die ihrer Natur entsprechend vage sind und eine klare Abgrenzung vermissen lassen. Es ist auch keineswegs eindeutig, welche Begriffe im einzelnen hierzu gehören und wie sich diese untereinander verhalten¹⁸⁾.

Randn.314 ff.); ferner die, nach welchem Modus das Urlaubsgeld zu berechnen ist (vgl. zu den verschiedenen in Urlaubsgesetzen und Tarifverträgen vorgesehenen Methoden DERSCH, Urlaubsgesetze Randn.629 ff.). In diesen Fragen bedarf es vor allem einer festen Ordnung; wie die Regelung im einzelnen aussieht, ist demgegenüber zweitrangig. Die "Regeln guter richterlicher Urteils-kunst" (wie etwa Natur der Sache, Rechtsidee, positivierbare kulturelle Anschauungen unserer Zeit) helfen dem Richter nichts, wenn er beim Fehlen einer Regelung darüber entscheiden soll, ob die Wartefrist 3,4,5 oder 6 Monate beträgt oder ob das Urlaubsgeld individuell, pauschal oder abstrakt berechnet werden soll.

17) S. § 4 Ziff.3 (S.18).

18) Die Problematik vergrößert sich durch folgende Überlegung. Im Text wurden justiziable (= richterlicher Wertung zugängliche) Fragen und Ordnungsaufgaben einander gegenübergestellt. Ist nun aber nicht schon diese Gegenüberstellung eine unzulässige Vereinfachung? Kann man alle Fragen, die grundsätzlich richterlicher Wertung zugänglich sind, schon als justiziabel bezeichnen - selbst dann, wenn noch keinerlei konkreten Anhaltspunkte für die richterliche Institutionenbildung vorhanden sind, oder erst dann, wenn "Kasuistik und Dogmatik die Einzelösungen zu einer allgemeinen Formulierung, einer Regel oder rule verdichtet haben, welche die Überprüfung lege artis als eine juristische, nicht als eine bloß rechtspolitische erlaubt" (ESSER, Grundsatz S.80, ähnlich a.a.O. S.72/73,85,243)? Und umgekehrt: werden Fragen, die richterlicher Wertung nicht zugänglich sind, also reine Ordnungsaufgaben darstellen, nicht dadurch in gewissem Sinn justiziabel, daß sich der Richter an eine sich allmählich entwickelnde Verkehrsüblichkeit anstruck?

In diesen Schwierigkeiten liegt es begründet, daß eine prägnante Abgrenzung wohl nie gewonnen werden kann. In Zuständigkeitsfragen muß aber eine klare Ordnung herrschen¹⁹⁾. Daher wäre es verfehlt, die Zulässigkeit von Sperrgesetzen davon abhängig machen zu wollen, ob die Frage, die der Landesgesetzgeber regeln will, justiziabel ist oder nicht. Es wird sich kaum ein Gesetz finden lassen, das nur justiziable Fragen regelt bzw. nur Ordnungsnormen enthält. Vielmehr sind in fast allen Gesetzen Normen beiderlei Art enthalten²⁰⁾.

Es wäre völlig unpraktikabel, wollte man vom Landesgesetzgeber verlangen, daß er bei jeder Frage, die er regeln will, vorher Probleme prüft, die zu den schwierigsten der allgemeinen Rechtslehre gehören. Die Folge einer derartigen Kompetenzabgrenzung wäre eine sehr erhebliche Beeinträchtigung der Rechtssicherheit. Denn angesichts der Problematik der Unterscheidung wäre es sehr leicht möglich, daß der Landesgesetzgeber seine Befugnisse überschreitet. Man könnte sich in solchen Fällen oft nicht darauf verlassen, daß die landesrechtlichen Vorschriften tatsächlich gelten. Es hat sehr unerfreuliche Folgen, wenn Gesetze für ungültig erklärt werden müssen, nachdem sie vielleicht schon mehrere Jahre in Kraft waren.

Tarifverträgen, einer herrschenden Lehre oder festen Rechtsprechung findet) anlehnen kann? So kann man, um an das vorige Beispiel (in Fn.16) anzuknüpfen, im Urlaubsrecht heute wohl eine Wartezeit von sechs Monaten als üblich ansehen (vgl. DERSCH, Urlaubsgesetze Randn. 250a). Die aufgeworfenen Fragen können hier nicht eingehend behandelt werden. Sie sollten nur verdeutlichen, daß der Begriff der Justiziabilität zahlreiche vielschichtige Probleme enthält.

- 19) Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Ländern lassen sich nie ganz vermeiden, wenn die Gesetzgebungsbefugnisse zwischen ihnen aufgeteilt sind. Dies schon deshalb, weil es nie gelingen wird, die Materien, die verschiedenen Kompetenzen zugewiesen sind, völlig klar voneinander abzugrenzen. Vgl. dazu MERKL, Zeitschrift f. öff. Recht 1921 S. 336 ff.; s. auch GRAU S. 360 ff. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte man jedoch bestrebt sein, die Reibungsflächen nach Möglichkeit zu vermindern.
- 20) Dies ist auch bei den Urlaubsgesetzen der Länder der Fall. Diese Gesetze sind zwar vor allem dazu geschaffen worden, um die mit dem bereits durch Bundesgewohnheitsrecht gesicherten Urlaubsanspruch zusammenhängenden Einzelheiten zu regeln. Nicht alle diese Einzelheiten tragen aber Ordnungscharakter; bei vielen Bestimmungen ist es zumindest fraglich, ob es sich nicht um justiziable Fragen handelt.

Im Interesse der Rechtssicherheit müssen also justiziable Fragen und reine Ordnungsaufgaben gleich behandelt werden. Da letztere in ihrer Bedeutung und in ihrem Ausmaß hinter den ersteren zurücktreten, erscheint es gerechtfertigt, Sperrgesetze auch bei solchen Lücken, die durch das Fehlen einer Ordnungsnorm hervorgerufen sind, für wirksam zu halten.

3. Nach MAUNZ²¹⁾ kommt dem Art. 72 Abs.2 GG bei Sperrgesetzen eine wesentlich größere Bedeutung zu als sonst.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Art.72 Abs.2 GG verlangt bei Sperrgesetzen, daß die in ihm enthaltenen Gesichtspunkte eine Regelung durch die Länder geradezu verbieten. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn das Bedürfnis nach "Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit"²²⁾ so stark ist, daß die Entwicklung eines bundeseinheitlichen Gerichtsgebrauchs, bzw. Gewohnheitsrechts einer Normsetzung durch die Länder, die oft zu einer starken Rechtszersplitterung führt, vorzuziehen ist.

Art.72 Abs.2 GG gilt allerdings nur für nachkonstitutionelle Gesetze²³⁾. Bei solchen Gesetzen, die über Art.125 GG Bundesrecht geworden sind - also auch beim Kodifikationsprinzip - müssen dagegen diese Voraussetzungen nicht vorliegen.

4. Schließlich sei noch auf eine Rechtsschranke hingewiesen, die ganz allgemein für die Ausübung von Gesetzgebungsbefugnissen durch Bund und Länder gilt: den (ungeschriebenen) Verfassungsgrundsatz der "Bundestreue". Dieses Gebot ist verletzt, wenn der Bund bzw. die Länder mit ihren Kompetenzen offensichtlichen Mißbrauch treiben. Die Folge

21) Randn.5 zu Art.72 GG, Fn.4.

22) Art.72 Abs.2 Nr.3 GG.

23) Diese Frage war nach dem Erlaß des Grundgesetzes sehr umstritten (Nachweise bei MAUNZ Randn.13 zu Art.72 GG), kann aber nunmehr - nachdem auch das BVerfG in mehreren Entscheidungen im Sinne der h.L. Stellung genommen hat - als ausgetragen gelten.

eines Verstoßes ist die Nichtigkeit des erlassenen Gesetzes²⁴⁾.

Da bereits (wie oben in Ziff.3 dargestellt) durch Art.72 Abs.2 GG Schranken für die Wirksamkeit von Sperrgesetzen bestehen, kommt dem Gebot der Bundestreue, bei dem es sich von vorne herein nur um die "Kontrolle der Einhaltung äußerster Grenzen"²⁵⁾ handelt, für die Frage der Zulässigkeit von Sperrgesetzen keine große Bedeutung zu. Immerhin sind Verstöße gegen das Gebot denkbar, so wenn zum Beispiel der Bund die Möglichkeit zum Erlass von Sperrgesetzen als Waffe bei machtpolitischen Auseinandersetzungen zwischen Bund und Ländern benützte (etwa durch ein Sperrgesetz die gesamten Gesetzgebungsbefugnisse der Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung beseitigen wollte)²⁶⁾. Daß beim Kodifikationsprinzip des BGB ein Verstoß gegen das Gebot der Bundestreue nicht vorliegt, bedarf keiner näheren Erörterung.

§ 12. Stellungnahme zu den im Schrifttum gegen die Zulässigkeit von Sperrgesetzen erhobenen Einwendungen

1. Unter der Reichsverfassung von 1871 zweifelt die Zulässigkeit von Sperrgesetzen nur HEINZE¹⁾ an. Er ist der Auffassung, daß sich die Bestimmungen der Reichsgesetze stets unmittelbar an die Staatsbürger wenden müßten, nicht aber an die Länder gerichtet sein dürften, da andernfalls eine Gattung von Reichsgesetzen entstünde, für deren rechtlichen

24) S. BVerfG NJW 1955 S.58. Das BVerfG hat neuerdings (NJW 1961 S.551) das Gebot der Bundestreue besonders betont ("Fernseh-Urteil").

25) BVerfG NJW 1955 S.59.

26) Von solchen extremen Fällen abgesehen, brauchen die Gründe, die den Gesetzgeber zum Erlass eines Sperrgesetzes bewogen haben, nicht beachtet zu werden. Der Bundesgesetzgeber erläßt natürlich nicht immer nur deshalb Sperrgesetze, um auf diese Weise die Richterrechtsbildung zu schützen. Es wäre aber nicht gerechtfertigt (und auch wenig praktikabel), die Frage der Zulässigkeit von Sperrgesetzen stets nach den (oft schwer feststellbaren) Motiven des Gesetzgebers zu beurteilen. Denn die Garantie der richterlichen Rechtsschöpfung bei Sperrgesetzen tritt unabhängig davon ein, ob sie der Bundesgesetzgeber ausdrücklich gewollt hat oder nicht.

1) Gerichtssaal 30 S.577-581.

Charakter die Reichsverfassung keine Formel enthalte. Diesem sehr formalistischen Argument kann nicht gefolgt werden. Man bezweifelt heute nicht mehr, daß der Bund die Länder verpflichten kann, bestimmte Regelungen vorzunehmen oder zu unterlassen²⁾. Es kommt hier nicht auf die Form an, in welcher der Bund seine Gesetzgebungsbefugnisse ausübt; auch wenn die Normen an die Länder gerichtet sind, stellen sie eine den Staatsbürger unmittelbar betreffende Einflußnahme auf die Gesetzgebung dar.

2. Unter der Weimarer Verfassung vertreten GEBHARD³⁾, LOETSCH-HEFFTER⁴⁾, ARNDT⁵⁾ und GIESE⁶⁾ (sämtliche bei der Kommentierung von Art.12 Weim.Verf.) die Ansicht, ein Verbot der Landesgesetzgebung ohne gleichzeitige sachliche Regelung durch das Reich verstoße gegen die Verfassung. Diese Autoren begründen ihre Auffassung nicht; ihre Ausführungen sind aber zum Teil nicht widerspruchsfrei.

a) So meint GEBHARD an anderer Stelle⁷⁾, eine Beschränkung der Landesgesetzgebung könne im Fall der Aufhebung einer reichsgesetzlichen Bestimmung dadurch eintreten, daß nach dem Willen des Reichsgesetzgebers der im früheren Reichsgesetz behandelte Fall für die Zukunft ungeregelt bleiben solle. Damit erkennt GEBHARD für diesen Fall die Zulässigkeit eines Sperrgesetzes an.

b) ARNDT verneint und bejaht in einem Satz die Zulässigkeit von Sperrgesetzen, wenn er schreibt⁸⁾: "Ein bloßes Verbot

2) Vgl. z.B. GEBHARD Anm.3c zu Art.12 Weim.Verf.; ANSCHÜTZ, HdbSTR S.297. Von dieser Möglichkeit macht vor allem die seit der Weimarer Verfassung im deutschen Verfassungssystem verankerte "Rahmengesetzgebung" (Art.75 GG; unter der Weimarer Verfassung "Grundsatzgesetzgebung" genannt) Gebrauch. Vgl. IPSEN, RdA 1954 S.81 mit weiteren Hinweisen; BVerfG NJW 1955 S.57/58.

3) Anm.3c zu Art.12 Weim.Verf.

4) Anm.I 4b zu Art.12 Weim.Verf.

5) Anm.1 zu Art.12 Weim.Verf.

6) Anm.II 1 zu Art.12 Weim.Verf.

7) Anm.2b zu Art.12 Weim.Verf.

8) Anm.1 zu Art.12 Weim.Verf.

der Landesgesetzgebung durch ein Reichsgesetz, welches nicht zugleich die Materie regelt, ist verfassungswidrig, doch kann durch Reichsgesetz auch lediglich ein Landesgesetz aufgehoben werden." Es wurde bereits darauf hingewiesen⁹⁾, daß die Aufhebung eines Landesgesetzes dem Regelungsverbot gleichzustellen ist.

Dr. GIESE äußert bei der Kommentierung des Art.13 Weim.Verf., die derogierende Kraft des Reichsrechts reiche so weit, wie das Reich es wolle¹⁰⁾. Damit nähert sich GIESE der Anerkennung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen¹¹⁾. Zu der hier interessierenden Frage lassen sich bei Art.12 und 13 Weim. Verf. keine unterschiedlichen Meinungen vertreten. Das Verhältnis zwischen diesen Bestimmungen, die den Art.72 bzw. 31 GG entsprechen, ist schon oft diskutiert worden¹²⁾. Es braucht hier aber nicht in Einzelheiten erörtert zu werden, wann Art.72 und wann Art.31 GG anzuwenden ist, bzw. ob Art.72 neben Art.31 überhaupt eine Existenzberechtigung hat oder umgekehrt. Hier geht es um die Frage, ob der Erlaß von Sperrgesetzen überhaupt in der Kompetenz des Bundes liegt. Dieses Problem stellt sich bei Art.31 und bei Art.72 in gleicher Weise¹³⁾. Es hat übrigens auch mit dem Theorienstreit über das allgemeine Verhältnis von Bundesrecht zu

9) S. oben § 7. (S.34).

10) Anm.II 1 zu Art.13 Weim.Verf.

11) Vgl. oben § 10 Ziff.1 (S.48/49).

12) Vgl. z.B. die Kontroverse zwischen MAUNZ und VON MANGOLDT-KLEIN, ausführlich dargestellt bei MAUNZ, Randn. 20 zu Art.31 GG; ferner HERRMANN S.169-176 mit zahlreichen Hinweisen. Man kann - etwas vereinfachend - dieses Verhältnis so kennzeichnen: bei Art.31 geht es darum, ob Bundesrecht das schon bestehende Landesrecht bricht, bei Art.72 darum, ob Bundesrecht dem Erlaß neuen Landesrechts entgegensteht.

13) Dies kommt auch in der Entscheidung des BVerfG AP Nr.2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg deutlich zum Ausdruck (Bl.683R/684). Ebenso wohl auch HERRMANN S.176.

Landesrecht nichts zu tun¹⁴⁾.

3. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes wird die Unzulässigkeit der Sperrgesetze außer vom BAG und den im Zusammenhang mit der Auffassung des BAG erwähnten Schriftstellern¹⁵⁾ auch von SELLMANN¹⁶⁾, HOPFNER¹⁷⁾ und vor allem von WEBER¹⁸⁾ und HERRMANN¹⁹⁾ vertreten. Zu erwähnen sind ferner die Autoren, die das Kodifikationsprinzip anläßlich des Streites um die Gültigkeit der Urlaubsgesetze der Länder als unzulässige "Kompetenznormen" angegriffen haben²⁰⁾.

Es werden folgende Argumente vorgetragen:

a) WEBER behauptet²¹⁾, die Annahme, daß der Bundesgesetz-

14) Man sieht dieses Verhältnis hauptsächlich entweder unter dem Gesichtspunkt einer Normenkonkurrenz (h.L.) oder unter dem einer (dem Völkerrecht verwandten) Staatensukzession (diese Lehre wurde von DOEHL, AöR 51 S.37 ff. begründet). Näheres bei HERRMANN S.8/9. Die Zulässigkeit von Sperrgesetzen läßt sich weder von dem einen noch von dem andern Standpunkt aus ohne weiteres bejahen oder verneinen. So vertritt DOEHL a.a.O. S.82-84,86,109 die unbegrenzte Zulässigkeit von Sperrgesetzen, während HERRMANN, der die Lehre von der Staatensukzession im wesentlichen übernimmt, Sperrgesetze entschieden ablehnt (S.38-45).

15) KOTTGEN und KASTNER, vgl. oben § 9 Fn.17 u. 2 (S.42 bzw. 38).

16) DVBl. 1955 S.168.

17) Deutsche Apotheker-Zeitung 1955 S.11. SELLMANN und HOPFNER stellen dies im Zusammenhang mit den Apothekenstop-gesetzen fest. SELLMANN hält jedoch im Gegensatz zu HOPFNER diese Gesetze nicht für Sperrgesetze. Der gleichen Ansicht ist BERNHARD, DÖV 1953 S.373; auch er hält aber eine "nur formale Ausnutzung" der Zuständigkeitsbestimmungen des Grundgesetzes für "verfassungsrechtlich bedenklich".

18) DÖV 1954 S.418. Die Abhandlung WEBERS befaßt sich mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit des schleswig-holsteinischen Personalvertretungsgesetzes. Ihn interessieren daher in erster Linie Fragen der Rahmengesetzgebung; er bezieht aber seine Ausführungen über Sperrgesetze ausdrücklich auch auf die allgemeine konkurrierende Gesetzgebung.

19) S.38-45.

20) Vgl. oben § 8 Fn.15 (S.38).

21) DÖV 1954 S.419. Ihm schließt sich HERRMANN S.42 an.

geber durch den Ausspruch einer Vorbehalts- und Sperrklausel die Konkurrenz der Landesgesetzgeber ausschließen könne, finde im gesamten deutschen staatsrechtlichen Schrifttum seit der Gründung des Bismarck-Reiches keinen Beleg. Man habe die Frage üblicherweise durch Hinweis auf Art.VI des Schlußprotokolls vom 23.11.1870 (BGBl.1871 S.23) zu dem Vertrag , betreffend den Beitritt Bayerns zur Verfassung des Deutschen Bundes²²⁾, beantwortet.

Diese Ausführungen WEBERS sind (von der Tauglichkeit als Argument ganz abgesehen) unrichtig. Es wurde bereits dargestellt²³⁾, daß eine Reihe von Schriftstellern die Gültigkeit von Sperrgesetzen bejaht (wenn auch ohne Begründung). Einzelne der Angaben WEBERS sind geradezu irreführend²⁴⁾. Auch Art.VI des bayerischen Schlußprotokolls besagt nichts für die Ansicht WEBERS. In diesem Artikel wird lediglich anerkannt, daß die Länder ihr Gesetzgebungsrecht so lange behalten, bis eine "bindende Norm" vom Bund ausgeht. Bayern war offensichtlich an einer Klarstellung des Wesens der konkurrierenden Gesetzgebung interessiert. Welcher Art die "bindende Norm" des Bundes sein müsse, ist in dem Schlußprotokoll nicht festgelegt. Es stimmt auch nicht, daß das Schrifttum bisher auf das bayrische Schlußprotokoll gerade im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit von Sperrgesetzen eingegangen sei.

b) HERRMANN²⁵⁾ trägt zwei Argumente vor, nach denen sich

22) In diesem Artikel heißt es: "Als unbestritten wurde von dem Königl. Preußischen Bevollmächtigten zugegeben, daß selbst bezüglich der der Bundes-Legative zugewiesenen Gegenstände die in den einzelnen Staaten geltenden Gesetze in so lang in Kraft bleiben und auf dem bisherigen Wege der Einzelgesetzgebung abgeändert werden können, bis eine bindende Norm vom Bund ausgegangen ist."

23) Oben § 10 Ziff.1 (S.47-49).

24) So behauptet WEBER, daß ZINN, der die Zulässigkeit von Sperrgesetzen bejaht hat, nur Modifikationen gemeint habe. ZINN (AöR 75 S.298) spricht aber ohne Einschränkung davon, daß die Länder auch durch ein Verbot, ein Sachgebiet nicht oder eingehender zu regeln, von der Gesetzgebung ausgeschlossen werden können.

25) S.38/39.

die Unzulässigkeit von Sperrgesetzen schon aus dem Wortlaut des Art.72 Abs.1 GG ergeben soll²⁶⁾.

In den Artikeln 71 und 72 Abs.1 GG sei der "Befugnis der Länder zur Gesetzgebung" das "Gesetzgebungsrecht des Bundes" gegenübergestellt worden. Diese beiden Begriffe müßten identisch sein, wie ein Vergleich mit Art.70 Abs.1 GG zeige, wo dem "Gesetzgebungsrecht" der Länder umgekehrt die "Gesetzgebungsbefugnis" des Bundes gegenüberstehe. Sie müßten also auch den gleichen sachlichen Inhalt besitzen. In Art.71 GG könne unter der Gesetzgebungsbefugnis der Länder nur das Recht zu materiellen Regelungen verstanden worden sein, da eine nur "formelle" Rechtssetzung - durch bloße Aufhebung des Bundesrechts, Sperrklauseln und auf ähnliche Weise - dem Sinn dieser Bestimmungen widersprechen würde, den Ländern Freiheit zu sachlichen, also materiellen Regelungen zu geben. Dann könne aber das "Gesetzgebungsrecht" des Bundes in Art.72 Abs.1 GG nichts anderes enthalten.

Es ist sicher richtig, daß die Wörter "Befugnis" und "Berechtigung" (zur Gesetzgebung) das gleiche bedeuten. Beide Ausdrücke sagen aber nichts über den sachlichen Inhalt und Umfang der Gesetzgebung aus. Daher ist es verfehlt, aus der Verwendung dieser Wörter in verschiedenen Artikeln schließen zu wollen, daß nun der sachliche Umfang der Gesetzgebungsbefugnis (bzw. -berechtigung) immer der gleiche sein müsse. HERRMANN unterstellt dem Art.71 einen Sinn, den er aus Überlegungen gewinnt, die mit dem Wort "Befugnis" nichts zu tun haben. Es ist daher nicht haltbar, wenn er dem Art. 72 den gleichen Inhalt nur deshalb gibt, weil sich in diesem Artikel das dem Ausdruck "Befugnis" gleichbedeutende Wort "Berechtigung" findet. Auch ist der Ausgangspunkt der Argumentation unrichtig: in Art.71 muß unter der Gesetzgebungsbefugnis der Länder keineswegs nur das Recht zum Erlass materieller Regelungen verstanden sein. Es ist durchaus denkbar, daß hier die Länder Gesetze ohne konkrete Normen

26) Auch HOPFNER, Deutsche Apotheker-Zeitung 1955 S.11, führt - ohne Begründung - aus, daß Sperrgesetze dem "eindeutigen Wortlaut" des Grundgesetzes widersprächen.

erlassen²⁷⁾.

HERRMANN führt weiter aus, der Bund müsse von seinem Gesetzgebungsrecht "Gebrauch machen", damit die Gesetzgebungskompetenz der Länder nach Art.72 Abs.1 GG ausgeschlossen werde. Ein "Gebrauchmachen" vom Gesetzgebungsrecht auf einem Zuständigkeitsgebiet enthalte aber dem natürlichen Wortsinn nach nur den Inhalt, daß der Bund die von den Ländern "geregelte" *M a t e r i e* seinerseits "regelt", also seinerseits *m a t e r i e l l e* Normierungen trifft, die sachlich auf die Materie eingehen.

Auch diese Argumentation ist unzureichend. Man kann nicht daraus, daß der Bund sein Gesetzgebungsrecht auf einer *M a t e r i e* (ein Ausdruck übrigens, der sich zwar im staatsrechtlichen Sprachgebrauch eingebürgert hat, vom Grundgesetz aber nicht verwendet wird) ausübt, schließen, daß er *m a t e r i e l l e* Normierungen treffen müsse. Die Worte "Materie" und "materiell" lassen sich nicht auf diese Weise miteinander verkoppeln²⁸⁾.

Aus dem Wortlaut der Art.70-72 GG läßt sich daher nichts für die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Sperrgesetzen gewinnen. Art.72 Abs.1 GG spricht sich nicht darüber aus, in welcher Weise das "Gebrauchmachen" durch den Bund erfolgen muß.

c) Es wird ferner die Auffassung vertreten²⁹⁾, Sperrgesetze seien deshalb unzulässig, weil nach Art.72 Abs.2 GG stets ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung bestehen müsse. Dabei könne es sich nur um eine materielle Rechts-

27) So etwa, wenn ein Bundesgesetz im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes ein Gebiet materiell erschöpfend regelt, dennoch aber die Länder ermächtigt, insgesamt oder in einzelnen Punkten abweichende Bestimmungen zu treffen. Es wird nicht zu beanstanden sein, wenn die Länder in diesem Fall die bundesrechtliche Regelung ersatzlos aufheben.

28) Ebensowenig könnte man aus dem vom Grundgesetz (z.B. in Art.74 Nr.14) verwendeten Wort "Sachgebiet" auf die Notwendigkeit einer "sachlichen" Regelung schließen.

29) So von WEBER, DÖV 1954 S.417 und HERRMANN S.39,42; vgl. auch Bayer.VGH DVBl. 1955 S.167.

setzung handeln, da diese die Verschiedenheit der landesgesetzlichen materiellen Regelungen überwinden solle.

Es ist richtig, daß das Bedürfnis nach Rechtseinheit gemäß Art.72 Abs.2 GG im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung stets - und bei Sperrgesetzen in besonders starkem Maß³⁰⁾ - vorliegen muß, wenn der Bund Gesetze erlassen will. Man kann aber nicht folgern, daß die unbefriedigende Verschiedenheit sachlicher Regelung in den einzelnen Ländern nur durch eine bundeseinheitliche s a c h l i c h e Regelung überwunden werden könne. Das Bedürfnis nach Rechtseinheit kann so stark sein, daß die Ausgestaltung eines Rechtsgebiets durch die bundeseinheitliche Rechtsprechung - zu der das Sperrgesetz führt - der Verschiedenheit der sachlichen Regelung in den einzelnen Ländern vorzuziehen ist.

d) Von allen Gegnern des Sperrgesetzes wird der Einwand erhoben, Sperrgesetze seien unzulässige Kompetenznormen oder verstießen zumindest gegen den Sinn der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes.

Sperrgesetze wären nur dann unzulässige Kompetenznormen, wenn sie dem Bund Zuständigkeiten einräumten, die er nach dem Grundgesetz nicht besitzt. Das ist aber nicht der Fall. Der Bund überschreitet durch Sperrgesetze die ihm von der Verfassung für seine Gesetzgebungstätigkeit gezogenen Grenzen nicht. Denn er kann die Länder durch Sperrnormen nicht in größerem Umfang von der Gesetzgebung ausschalten als er dies durch materielle Rechtssetzung tun könnte. Sperrgesetze sind nur innerhalb der Grenzen der in Art.74 GG aufgezählten Sachgebiete möglich³¹⁾. Es ist richtig, daß -

30) Vgl. oben § 11 Ziff.3 (S.57).

31) Im Bereich der Rahmengesetzgebung (Art.75 GG) sind dagegen Sperrgesetze unzulässig. Denn die materiellen Rahmenvorschriften des Bundes dürfen ihrem Wesen nach nicht alle Einzelheiten regeln und so die Länder restlos von der Gesetzgebung verdrängen. Dieser Erfolg kann auch durch Sperrgesetze nicht erreicht werden. Denn Sperrgesetze dürfen nicht über das hinausgehen, was der Bund durch materielle Regelung erreichen könnte. Dies stellt das BVerfG (AP Nr.1 zu PersonalvertretungsG Schleswig-Holstein) mit Recht fest, insoweit zutreffend auch WEBER, DÖV 1954 S.418 (gegen IPSSEN, RdA 1954 S.81).

worauf von den Gegnern des Sperrgesetzes hingewiesen wird - Sperrnormen die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes in dem betreffenden Gebiet in eine ausschließliche verwandeln. Dieser Vorgang vollzieht sich aber auch, wenn der Bund materielle Normen setzt. Er hat es jederzeit in der Hand, auf einem Sachgebiet die Gesetzgebung der Länder völlig zu verdrängen³²⁾. Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz kann man in diesem Sinn als eine bedingt ausschließliche Zuständigkeit des Bundes betrachten. Das Grundgesetz schreibt nicht vor, daß der Bund den Eintritt der Bedingung nur durch den Erlaß von materiellen Vorschriften und nicht auch von Sperrnormen herbeiführen könne. Es widerspricht nicht dem Sinn der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes (auch nicht dem der Art. 30, 70 Abs. 1 GG), dem Wesen der konkurrierenden Gesetzgebung oder gar der föderativen Grundstruktur der Bundesrepublik, wenn dem Bund die Entscheidung darüber eingeräumt wird, welche Sachgebiete durch Normen geregelt werden und welche Fragen von staatlicher Rechtssetzung völlig frei bleiben sollen.

4. Die gegen die Zulässigkeit von Sperrnormen erhobenen Einwendungen sind daher nicht begründet. Sperrgesetze sind vielmehr innerhalb der im vorigen Paragraphen aufgezeigten Grenzen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

32) Das übersieht HOPFNER, wenn er meint (Deutsche Apotheker-Zeitung 1955 S. 11), Sperrgesetze bedeuteten "das Ende der Gesetzgebungsbefugnis der Länder und damit von deren Selbständigkeit".

2. T E I L

Kodifikationsprinzip und Arbeitsrecht

4. Kapitel

Lücken im Arbeitsprivatrecht des Bundes

Im 1. Kapitel wurde ausgeführt, daß es eine lückenlose gesetzliche Regelung nicht gibt. Dies gilt selbstverständlich auch von den arbeitsrechtlichen Gesetzen. Im folgenden sollen drei Fragen behandelt werden, die für die Lückenhaftigkeit des Arbeitsprivatrechts des Bundes von besonderem Interesse sind. In § 13 wird untersucht, inwieweit ältere Gesetzesbestimmungen, die unseren gegenwärtigen sozialen Auffassungen nicht mehr voll entsprechen, noch Anwendung finden können. In §§ 14 und 15 wird geprüft, ob die Vertragsfreiheit bzw. die Tarifautonomie Lücken ausschließen.

§ 13. Lücken in älteren Gesetzen

Kein Gesetzgeber kann für lange Zeiträume unverrückbare Fixierungen treffen¹⁾. Besonders das Arbeitsrecht hat in den vergangenen Jahrzehnten eine stürmische Entwicklung erlebt. Daher ist Vorsicht bei solchen gesetzlichen Bestimmungen geboten, die aus Epochen stammen, deren Anschauungen über das Wesen des Arbeitsrechts heute ganz oder teilweise überholt sind²⁾. Viele dieser Vorschriften sind auch heute noch unverändert - bzw. in modernem Geist ausgelegt - gültig. Oft lassen sie sich aber nur noch stark modifiziert oder auch gar nicht mehr anwenden. In diesen Fällen wird

- 1) ZWEIGERT, JZ 1953 S.248, weist zutreffend darauf hin, daß etwa das moderne französische Zivilrecht und der Text des über 150 Jahre alten code civil weit auseinanderklaffen. Eine entsprechende Entwicklung bahnt sich bei jedem veralteten Gesetz an.
- 2) Es ist selbstverständlich, daß auch moderne Gesetze lückenhaft sind und dem Richterrecht Raum lassen. Bei Rechtsfortbildungen c o n t r a legem ist hier aber Zurückhaltung am Platz. Darauf hat gerade für die Rechtsprechung im Arbeitsrecht das BAG in AP Nr.4 zu § 11 KSchG (mit zust. Anm. von HUECK) hingewiesen.

eine Ausnahmelücke in dem oben³⁾ beschriebenen Sinn festgestellt, die der Richter rechtsschöpferisch auszufüllen hat. Der Richterrechtsbildung kommt im Arbeitsrecht besonders große Bedeutung zu⁴⁾.

Wenn nun im folgenden untersucht wird, wann im Arbeitsprivatrecht eine von den Regeln älterer Gesetze abweichende Gestaltung erforderlich ist, hat dabei das Recht des Arbeitsverhältnisses im Vordergrund zu stehen. Das kollektive Arbeitsrecht regeln Gesetze neueren Datums.

2. Der Arbeitsvertrag ist eine (und zwar die praktisch weitaus wichtigste) Unterart des Dienstvertrages⁵⁾. Das Recht des Arbeitsverhältnisses ist daher dem Schuldrecht zuzurechnen⁶⁾. Das BGB (Allgemeiner Teil, Schuldrecht und

3) S. § 5 Ziff.2b (S.22-24). Im Arbeitsrecht haben nicht nur Änderungen in den tatsächlichen Verhältnissen, sondern vor allem neue, über die Teleologie des Gesetzes hinausgehende Wertvorstellungen zur Lückenhaftigkeit geführt (vgl. oben § 5, bes. Fn.22, S.24). LARENZ, Methodenlehre S.315, führt die im Arbeitsrecht entwickelte Lehre vom "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" (mit ihren Auswirkungen "Treuepflicht" und "Fürsorgepflicht") als Beispiel für ein Rechtsinstitut an, das - obschon "legal" durch § 242 BGB gedeckt - in Wahrheit weit über das hinausgehe, was dem Gesetzgeber vorgeschwebt habe oder was dem Gesetz als "immanenter Sinn" entnommen werden könne, und das daher nur unter dem Gesichtspunkt der zur Vermeidung eines "Rechtsnotstandes" erforderlichen Gebotsberichtigung gerechtfertigt werden könne. Ob man nun von "Lückenergänzung" oder von "ausnahmsweise zulässiger Gebotsberichtigung" spricht: gemeinsam ist beiden Betrachtungsweisen, daß ein Sachverhalt gesetzlich nicht geregelt ist, obwohl es Rechtsnormen gibt, die - äußerlich betrachtet - auf ihn zuzutreffen scheinen.

4) So auch DENECKE, RdA 1953 S.413; NEUMANN-DUESBERG, JZ 1953 S.372; GÜNTNER, AuR 1957 S.171; FREY, AuR 1955 S.258. Das BAG hat in AP Nr.4 zu § 11 KSchG die nach seiner Meinung für die Voraussetzungen und Ziele der Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht maßgeblichen Kriterien herausgestellt.

5) Vgl. HUECK, Lehrb. S.119; NIKISCH I S.135; KASKELDERSCH S.21.

6) Dem steht nicht entgegen, daß das Arbeitsverhältnis neben vermögensrechtlichen Elementen besonders starke persönliche Bindungen aufweist. Der Begriff "Schuldrecht" erstreckt sich nämlich nicht nur auf Verträge, die der Befriedigung von Vermögensinteressen dienen. Vgl. HUECK, Lehrb. S.117; NIKISCH I S.136.

zwar besonders Dienstvertragsrecht) stellt daher das wichtigste Gesetz für das Recht des Arbeitsverhältnisses dar. Daneben gibt es aber auch noch andere ältere Gesetze privatrechtlichen Inhalts, die für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind⁷⁾. Diese Gesetze, die aus der gleichen Epoche wie das BGB stammen, atmen im wesentlichen auch dessen Geist⁸⁾. Sie sind daher ebenfalls gemeint, wenn im folgenden vom EGB gesprochen wird.

3. Daß die Regeln des BGB g r u n d s ä t z l i c h auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden, wird nahezu ausnahmslos anerkannt⁹⁾. Es besteht keine Veranlassung, das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anders zu behandeln als normale Schuldverhältnisse, wenn dies nicht besondere Umstände erfordern¹⁰⁾. Man ist sich aber gleich-

- 7) Genannt seien neben den arbeitsrechtlich bedeutsamen Teilen des Handelsgesetzbuches und der Gewerbeordnung das Binnenschiffahrtsgesetz von 1895, das Flößereigesetz von 1895, das Allgemeine Berggesetz für die Preussischen Staaten von 1865. Vgl. im übrigen die Zusammenstellungen bei HUECK, Lehrb. S.32; NIKISCH I S.52.
- 8) Kennzeichnend für diese Übereinstimmung etwa BAGE 1,291 (Leitsatz Nr.3): "Der von einer Gewerkschaft beschlossene, von den Arbeitnehmern ohne fristgemäße Kündigung durchgeführte legitime Streik um die Arbeitsbedingungen berechtigt die bestreikten Arbeitgeber nicht zur außerordentlichen fristlosen Einzelentlassung des einzelnen Arbeitnehmers oder mehrerer einzelner Arbeitnehmer wegen Vertragsverletzung. Die § 123 Ziff.3, § 124a GewO, § 70, § 72 Abs.1 Ziff.2 HGB, 16 Vorl. LAO, § 82 Abs.1 Ziff.3, § 83a PreußBergG, § 25 BiSchG, § 626 BGB sind nicht anzuwenden."
- 9) Vgl. z.B. HUECK, Lehrb. S.118; NIKISCH I S.136; KASKEL-DERSCH S.4; STAUDINGER-NIPPERDEY-MÖHNEN-NEUMANN Anm. 34 u. 35 vor § 611 BGB. Anders LAG Stuttgart AP Nr.2 zu § 611 BGB "Haftung des Arbeitnehmers", dessen Meinung aber allgemein abgelehnt wurde (vgl. z.B. Anm. von HUECK zu dem Urteil a.a.O.). Auch das LAG gibt jedoch zu, daß das BGB dann angewendet werden könne, wenn die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses dies zulasse. Es unterscheidet sich von der h.L. also dadurch, daß diese grundsätzlich von der Gültigkeit der Vorschriften des EGB ausgeht und für alle Ausnahmen eine Begründung aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses fordert, während das LAG gerade umgekehrt verfährt.
- 10) So finden etwa - um nur ein Beispiel zu nennen - für den Zugang einer Kündigungserklärung die allgemeinen für empfangsbedürftige Willenserklärungen auf Grund des § 130 BGB entwickelten Grundsätze Anwendung; vgl. HUECK, Lehrb. S.490 Fn.1; NIKISCH I S.563.

falls darüber einig¹¹⁾, daß die Regelung des BGB vielfach der gegenwärtigen Auffassung vom Arbeitsverhältnis nicht mehr gerecht wird und daher oft nur modifiziert oder auch gar nicht angewandt werden kann. Das Wesen des Arbeitsverhältnisses wird durch einige soziologisch sehr bedeutsame Faktoren bestimmt, auf die das BGB nicht oder jedenfalls nicht genügend Rücksicht genommen hat. Das BGB geht vom Primat der bürgerlichen Klasse aus; sein Menschen- und Sozialbild orientiert sich nicht an dem gemeinschaftsverbundenen, sozial verpflichteten Massenindividuum des 20. Jahrhunderts, sondern an dem freien "homo oeconomicus"¹²⁾. Kennzeichnend ist, daß man in den Motiven zum BGB von der "nahen Verwandtschaft" von Dienstvertrag und Mietvertrag sprach¹³⁾.

4. Die Frage, welche Wesenszüge es nun eigentlich sind, die eine von der Regelung des BGB abweichende Gestaltung des Arbeitsverhältnisrechts notwendig machen und wie sich diese untereinander verhalten, ist immer noch nicht eindeutig geklärt. Im Schrifttum werden unterschiedliche Vorschläge unterbreitet¹⁴⁾. Es ist nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, auf alle diese Ansichten einzugehen und den Versuch einer systematischen Ordnung der Faktoren, die das Wesen des Arbeitsverhältnisses ausmachen, zu unternehmen. Hier sollen drei Wesenszüge herausgestellt werden, die kenn-

11) Vgl. z.B. HUECK, Lehrb. S.118; NIKISCH I S.136; KASKELDERSCH S.4; STAUDINGER-NIPPERDEY-MÖHVEN-NEUMANN Anm. 35 vor § 611 BGB; DERSCH, RdA 1958 S.441.

12) Vgl. BOEHLER, Einführung S.78; WIEACKER, Sozialmodell S.10.

13) Motive zum BGB II S.455. Das Dienstvertragsrecht des BGB wurde schon während der Entstehungszeit des Gesetzes scharf kritisiert. Vgl. MENGER S.160-190 und die Zusammenstellung bei HALISCH S.227-231.

14) Viel diskutiert werden Begriffe wie "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis", "Personenbezogenheit", "Abhängigkeitsgedanke", "Schutzbedürftigkeit", "sozialrechtliches Schutzprinzip", "Statusgedanke", "Betriebsgemeinschaft", "Einwirkung kollektivrechtlicher Normen". Diese Begriffe werden oft nicht hinreichend scharf voneinander abgegrenzt. Eine gute Übersicht über das Schrifttum gibt die Abhandlung von FARTHMAN "Der 'personenrechtliche Charakter' des Arbeitsverhältnisses" (RdA 1960 S.5).

zeichnend dafür sind, daß die bürgerlich-rechtliche Regelung im Recht des Arbeitsverhältnisses nicht oder nur modifiziert angewandt werden kann: der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses, die wirtschaftliche Ungleichwertigkeit der Vertragspartner und das Vorhandensein von kollektiven Elementen im Einzelarbeitsverhältnis¹⁵⁾. Diese drei Faktoren stehen freilich nicht streng isoliert nebeneinander; es kommen vielmehr zahlreiche Überschneidungen vor und manche Gestaltungen im heutigen Arbeitsverhältnisrecht lassen sich nur unter Heranziehung mehrerer Gesichtspunkte verstehen.

a) Das BGB interessiert beim Dienstvertrag im wesentlichen nur der Austausch von vermögenswerten Leistungen, nämlich von Arbeit und Lohn. Damit wird es aber dem personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses nicht gerecht. Diese personenrechtliche Natur hat zwei Seiten¹⁶⁾.

Das Arbeitsverhältnis schafft enge persönliche Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Man spricht daher von einem "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis"¹⁷⁾, das notwendig eine Verstärkung der beiderseitigen Treuepflichten bedingt. Diese Betrachtungsweise ist gelegentlich angegriffen worden¹⁸⁾. Dabei wird vor allem vorgebracht,

15) DERSCH nennt dagegen in seinem Aufsatz "Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB" (RdA 1958 S.441) als die drei Faktoren, welche die Stellung des individuellen Arbeitsverhältnisses zum BGB bestimmen: die Eigenart des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, den gestaltenden Strom des kollektiven Arbeitsrechts (insbesondere die normenschöpfende Kraft der Verbände im Tarifrecht) und den Einbau des individuellen Arbeitsverhältnisses in die Betriebsgemeinschaft. Diese Einteilung deckt sich zum Teil mit der hier vorgenommenen, wird aber der Problematik nicht voll gerecht, wie die folgenden Ausführungen ergeben werden.

16) Dies wird nicht immer genügend beachtet, worauf FARTH-MANN, RdA 1960 S.5, zutreffend hinweist.

17) Vgl. z.B. HUECK, Lehrb. S.116; NIKISCH I S.31; KASKEL-DERSCH S.4.

18) So von RAMM S.21; FRANZ NEUMANN, RdA 1951 S.1; MAVRIDIS, Aur 1956 S.162; FARTHMAN, RdA 1960 S.7.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer verfolgten einander entgegengesetzte Interessen und deshalb könne man nicht von einem "Gemeinschaftsverhältnis" sprechen. Dagegen ist zu sagen, daß die Leugnung jeglicher gemeinsamer Interessen zwischen den Partnern des Arbeitsverhältnisses den Tatsachen nicht gerecht wird¹⁹⁾. Im übrigen trifft es zwar zu, daß das persönliche Band zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oft nicht vorhanden ist²⁰⁾; in der Mehrzahl der Arbeitsverhältnisse spielt jedoch die persönliche Verbundenheit zwischen den Vertragspartnern eine große Rolle²¹⁾, so daß es gerecht-

19) Es ist richtig, daß "der Arbeitnehmer zur Erzielung seines Lohnes und der Arbeitgeber zur Erzielung seines unternehmerischen Gewinnes in das Arbeitsverhältnis eingetreten sind" (FARTHMAN, RdA 1960 S.6). Daraus ergibt sich naturgemäß insofern ein Gegensatz, als der Arbeitnehmer möglichst viel Lohn erhalten, der Arbeitgeber aber seinen Betrieb möglichst rentabel arbeiten lassen will. Dennoch bestehen auch gemeinsame Interessen. Ein florierender Betrieb bringt nicht nur für den Arbeitgeber, sondern sehr oft auch für den Arbeitnehmer zusätzliche Vorteile. Vor allem aber besteht ein gemeinsames Interesse an der Erhaltung des Betriebes, der oft für beide Teile die Existenzgrundlage ist. FARTHMAN sieht wohl auch die Interessenlage beim Gesellschaftsverhältnis nicht ganz richtig, wenn er dieses a.a.O. dem Arbeitsverhältnis gegenüberstellt. Auch die Gesellschafter einer OHG sind nicht nur Idealisten, für die die Erreichung des Gesellschaftsziels Selbstzweck wäre. Für den Partner einer OHG wie für den eines Arbeitsverhältnisses ist das persönliche Gewinnstreben primär; dieses setzt sich notwendig in einen Gegensatz zu dem des Vertragspartners. Es ist daher fast immer ein Interessengegensatz vorhanden, wenn mehrere Menschen zur Erzielung eines wirtschaftlichen Erfolges zusammenarbeiten, mögen auch die Beteiligungs- und Machtverhältnisse im einzelnen sehr verschieden sein.

20) So in Großbetrieben und dann, wenn auf der Arbeitgeberseite eine juristische Person auftritt. Aber auch in solchen Fällen läßt sich gelegentlich eine Betriebs-treue beobachten, die sich nicht nur aus ökonomisch-rationalen Gesichtspunkten erklären läßt.

21) Namentlich in Klein- und Mittelbetrieben, was auch FARTHMAN, RdA 1960 S.7, und RAMM S.21 zugeben. Wie stark die persönliche Zusammenarbeit der Gestaltung des Arbeitslebens den Stempel aufdrücken kann, schildert anschaulich HERSCHEL, RdA 1956 S.163. HERSCHEL gebraucht in seinen Ausführungen a.a.O. zwar stets das Wort "Betriebsgemeinschaft" (dessen präzise Abgrenzung vom Begriff des "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses" man im Schrifttum vermißt), meint aber offensichtlich auch das hier behandelte persönliche Band zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

fertigt ist, diesen Umstand als ein wesentliches Begriffsmerkmal des Arbeitsverhältnisses zu verwerten.

Auf jeden Fall aber äußert sich der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses darin, daß "die Persönlichkeit des Arbeitnehmers mit einem Stück ihrer Persönlichkeitsentfaltung Beteiligter und damit zugleich in gewissem Sinn Inhalt des Rechtsverhältnisses ist"²²⁾. Der Arbeitnehmer liefert an den Arbeitgeber nicht eine entpersönlichte Arbeit ab, sondern stellt in aller Regel seine ganze Persönlichkeit in den Dienst des Arbeitgebers. Arbeit ist nicht eine Ware, die man beliebig von der Persönlichkeit ihres Trägers trennen kann²³⁾. Es wird daher im Schrifttum vorgeschlagen, vom Arbeitsverhältnis als einem "personenbezogenen" Rechtsverhältnis zu sprechen im Gegensatz zu den "sachbezogenen" Geschäften wie Kauf, Schenkung, Darlehen etc.²⁴⁾.

b) Arbeitgeber und Arbeitnehmer stehen sich im Arbeitsverhältnis nicht gleich stark gegenüber. Der Arbeitnehmer ist der schwächere Teil²⁵⁾. Er ist persönlich und wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig²⁶⁾. Das BGB hat wohl einige konkrete Schutzbestimmungen (§§ 616-619) geschaffen, die allgemeine Stellung des Arbeitnehmers in der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung aber doch außer Acht gelassen. Wozu es führt, wenn die sozialen Lebensbedingungen bei der rechtlichen Regelung des Arbeitsverhältnisses unberücksichtigt bleiben, zeigen die Mißstände der liberalen Epoche. Den Anstoß zur Entwicklung des Arbeitsrechts und einen der leitenden Gedanken bei seiner weiteren Ausgestaltung gab die Erkenntnis von der aus der wirtschaftlichen Unterlegenheit

22) FARTHMANN, RdA 1960 S.5.

23) Darauf weisen SIEBERT, RdA 1958 S.367 und besonders FARTHMANN, RdA 1960 S.57, hin. Dieser Gedanke wird aber auch von denen nicht vernachlässigt, die die personenrechtliche Gemeinschaft betonen, vgl. z.B. HUECK, Lehrb. S.27, 115.

24) So u.a. von FARTHMANN, RdA 1960 S.8.

25) In Zeiten der Hochkonjunktur - wie gegenwärtig - ist es freilich manchmal anders. Ob und inwieweit eine langandauernde Prosperität die heute herrschenden Ansichten über das Wesen des Arbeitsverhältnisses beeinflussen wird, bleibt abzuwarten.

26) Allg. Ansicht, vgl. z.B. HUECK, Lehrb. S.25; NIKISCH I S.29.

resultierenden Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers²⁷⁾.

Als Beispiele dafür, wie die unter a) und b) beschriebenen Faktoren zur Nichtanerkennung wichtiger Bestimmungen des BGB führen, seien die Entwicklung der Fürsorgepflicht²⁸⁾, die Behandlung von Mängeln des Arbeitsvertrags²⁹⁾ und die Anwendung des § 139 BGB im Arbeitsrecht³⁰⁾ genannt. An diesen Beispielen wird auch deutlich, daß sich die Ergebnisse nicht - wie es manchmal geschieht - allein auf den personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses oder allein auf die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zurückführen lassen, sondern nur auf beide Umstände, mag auch der eine

- 27) Die Schutzbedürftigkeit des wirtschaftlich und sozial schwächeren Arbeitnehmers stellen besonders MAVRIDIS, AuR 1956 S.164, und RAMM S.30 als das grundlegende Prinzip im Arbeitsrecht heraus.
- 28) Die Fürsorgepflicht ist eine dem Arbeitgeber unabdingbar obliegende Verpflichtung. Näheres bei HUECK, Lehrb. § 48; NIKISCH I § 36; KASKEL-DERSCH § 30; SCHNORR VON CAROLSFELD S.171; SIEBERT, RdA 1958 S.368. Aus ihr sind zahlreiche Einzelpflichten für den Arbeitgeber abgeleitet worden, die oft zu den Vorschriften des BGB im Widerspruch stehen. So soll der Arbeitgeber nach § 618 BGB nur Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers schützen müssen. Man nimmt dagegen heute an, daß der Arbeitgeber auch für die Sicherheit der vom Arbeitnehmer in den Betrieb mitgebrachten Sachen, also für dessen Eigentum, sorgen muß; vgl. HUECK, Lehrb. S.371; NIKISCH I S.414.
- 29) Vgl. dazu HUECK, Lehrb. § 32; NIKISCH I § 23; DERSCH, RdA 1958 S.444; FARTHMAN, RdA 1958 S.338. Die Vorschriften des BGB passen nicht für Arbeitsverhältnisse, die bereits durchgeführt worden sind. Namentlich wird es als unerträglich angesehen, daß ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag später als nichtig erkannt wird, für die bereits geleistete Arbeit lediglich auf Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche angewiesen sein soll, wie es dem System des BGB entspräche. Man lehnt daher die extunc-Wirkung der Nichtigkeit im Arbeitsrecht ab.
- 30) Die Vermutung des § 139 BGB paßt nicht für das Arbeitsverhältnisrecht. In der Regel hängt die gesamte wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers von der Erhaltung seines Arbeitsplatzes ab. Die weittragenden Folgen einer Nichtigkeit des Arbeitsvertrags sollen ihm nach Möglichkeit erspart werden. Daher geht man bei Teilnichtigkeit entgegen § 139 BGB von der Gültigkeit des Vertrages aus; vgl. HUECK, Lehrb. S.169; KASKEL-DERSCH S.5; SCHNORR VON CAROLSFELD S.142; STAUDINGER-NIPPERDEY-MÖHNEN-NEUMANN Anm.99 zu § 611 BGB; DERSCH, RdA 1958 S.444.

oder der andere Gedanke im Einzelfall überwiegen³¹⁾.

c) Das BGB sieht von seinem individualistischen Standpunkt aus das Vertragsverhältnis als eine Rechtsbeziehung, die ausschließlich die am Vertrag unmittelbar Beteiligten betrifft³²⁾. Das Arbeitsverhältnis kann demgegenüber nicht isoliert betrachtet werden. Es ist in aller Regel eingebettet in eine ganze Reihe von gleichen oder doch ähnlichen Rechtsverhältnissen. Der Arbeitnehmer ist Mitglied einer Betriebsgemeinschaft, aus der sich rechtliche Auswirkungen für das Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander³³⁾ und für die Beziehung von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer ergeben³⁴⁾. Das Wesen des Arbeitsverhältnisses wird durch kollektive Elemente mitbestimmt. Es interessiert hier aber nur, inwieweit das Arbeitsverhältnis "von innen her" kollektiven Einflüssen unterliegt, inwieweit also solche Faktoren bei der Kennzeichnung des Wesens eines Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden müssen und zu Abweichungen von dem individualistischen BGB führen können. Demgegenüber wirken kollektive Elemente auch "von außen her" auf das Arbeitsverhältnis ein, nämlich durch die Bestimmungen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Diese Faktoren sind meist gemeint, wenn vom Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf die Ge-

31) Daher erscheint es nicht richtig, wenn DERSCH bei der Aufzählung der für die Abweichung vom BGB maßgeblichen Faktoren (vgl. oben Fn.15, S.72) die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers unberücksichtigt läßt. Auch zwischen den Gesellschaftern einer OHG besteht ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, ohne daß daraus immer so weitgehende Folgerungen (z.B. die Fürsorgepflicht) gezogen würden wie im Recht des Arbeitsverhältnisses. Man kann zu diesen Ergebnissen nur gelangen, wenn man den Personen- und Gemeinschaftsgedanken durch den der wirtschaftlichen Ungleichwertigkeit ergänzt.

32) Ausnahmen von diesem Grundsatz kommen allerdings schon im BGB selbst vor, wie REINHARDT S.120 nachweist. Die Gerichte lockern immer mehr die strenge Begrenzung vertraglicher Ansprüche auf die Vertragspartner auf. Vgl. BGHZ JZ 1960 S.124; dazu LORENZ, JZ 1960 S.108 ff. mit weiteren Hinweisen.

33) Ein Beispiel dafür ist die seit der Entscheidung des Großen Senats des BAG (AP Nr.4 zu §§ 889,899 RVO) viel erörterte Lehre, daß bei gefahreneigener Arbeit auch im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander eine Haftungsbeschränkung eintritt.

34) Vgl. MÜLLER, Betrieb 1958 S.712 u. 740; HESSEL, Betrieb 1958 S.837; SIEBERT, Kollektivnorm S.145.

staltung des Individualarbeitsrechts gesprochen wird. Das ist aber etwas ganz anderes³⁵⁾. Die Abweichungen vom BGB, die sich daraus ergeben, daß die Kollektivnormen dispositive Vorschriften des BGB abändern, besagen noch nichts dafür, daß schon das **W e s e n** des Arbeitsverhältnisses durch kollektive Züge gekennzeichnet wird.

Als Beispiel für diese Erscheinung sei der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz erwähnt³⁶⁾. Instrukтив sind auch die von HESSEL angeführten Fälle³⁷⁾. Besonders

- 35) So auch MÜLLER, Betrieb 1958 S.741. Der erwähnte Unterschied wird im Schrifttum nicht immer genügend beachtet. Auch DERSCH (vgl. oben Fn.15, S.72) berücksichtigt offensichtlich nur den Einfluß des kollektiven Arbeitsrechts auf die Gestaltung des individuellen Arbeitsverhältnisses "von außen her". Von dieser Sicht aus ist es nicht berechtigt, diesen Umstand zu den Faktoren zu rechnen, die eine von den Regeln des BGB abweichende Gestaltung des Arbeitsverhältnissrechts notwendig machen.
- 36) So auch MÜLLER, Betrieb 1958 S.713 und KAUFFMANN, NJW 1960 S.1650/1651. Der Arbeitgeber darf sich nach diesem Grundsatz nicht auf den Standpunkt stellen, daß ihn mit jedem Arbeitnehmer ein eigenes Vertragsverhältnis verbinde, aus dem sich **a b s c h l i e ß e n d** die beiderseitigen Rechte und Pflichten ergäben. Er muß vielmehr die Arbeitnehmer gleich behandeln. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist im übrigen sowohl hinsichtlich seiner Rechtsgrundlage als auch seines Umfangs noch recht umstritten; man greift vor allem auf die Fürsorgepflicht zurück (vgl. HUECK, Lehrb. S.383, und DERSCH, RdA 1958 S.444).
- 37) Betrieb 1958 S.837: Ein Unternehmer veranstaltet aus besonderem Anlaß einen Betriebsausflug mit seiner Belegschaft. Ein Arbeitnehmer lehnt die Teilnahme ab und verlangt Ersatz für den ihm entstandenen Lohnausfall. Ähnlich der zweite Fall: In einer Gegend mit überwiegend katholischer Bevölkerung beschließt die Belegschaft eines Betriebs, an einem kirchlichen Feiertag nicht zu arbeiten. Der Unternehmer entspricht diesem Wunsch und schließt den Betrieb. Ein nichtkatholischer Arbeitnehmer verlangt Ersatz für den Lohnausfall. Nach § 615 BGB wäre beiden Arbeitnehmern recht zu geben. Diese Lösung ließe sich aber wohl mit der heutigen Auffassung vom Wesen des Arbeitsverhältnisses, das durch den kollektiven Faktor der Entwicklung im Rahmen eines Betriebs geprägt wird, nicht vereinbaren. Vgl. neuerdings auch den vom BAG entschiedenen "Rosenmontagsfall", dem ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag. Das BAG geht in dieser Entscheidung zwar hauptsächlich auf Fragen des Tarif- und Betriebsverfassungsrechts ein, berührt aber auch das hier interessierende Problem (BAG AP Nr.14 zu § 56 BetrVG Bl. 138R; vgl. dazu Ziffer 4 der Anm. von HUECK, Bl.142).

bekannt ist das Beispiel des Teilstreiks. Bei einem Teilstreik entfällt die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers auch gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern³⁸⁾, auch die Arbeitsverhältnisse der arbeitswilligen Belegschaftsmitglieder können im Wege der Abwehraussperrung gelöst werden³⁹⁾.

§ 14. Vertragsfreiheit und Lückenbereich im Recht des Arbeitsverhältnisses

BÖTTICHER¹⁾ vertritt mit Nachdruck die These, eine Gesetzgebungsbefugnis der Länder im Recht des Arbeitsverhältnisses sei ohne Rücksicht auf das Kodifikationsprinzip schon deshalb ausgeschlossen, weil der Bund durch die Anerkennung der Vertragsfreiheit dieses Rechtsgebiet abschließend geregelt habe. Dieser Gesichtspunkt sei sowohl in dem Vorlage-

38) Das hat schon das RG in der berühmten Entscheidung vom 6.2.1923 (RGZ 106,275), in der es die Lehre vom Betriebsrisiko begründete, ausgesprochen. Diese Entscheidung stellt einen Fall bewußter richterlicher Rechtsschöpfung contra legem dar (wenn auch das RG nach dem an den Eingang gestellten Satz, man dürfe in diesem Fall überhaupt nicht vom BGB ausgehen, am Schluß der Entscheidung doch versucht, das "aus den sozialen Verhältnissen gewonnene Ergebnis" in das System des BGB einzufügen). Das Schrifttum zu dem Problem ist sehr umfangreich, vgl. HUECK, Lehrb. S.316-323; BOEHMER, Grundlagen II 2 § 32. Die beim Teilstreik gezogenen Folgerungen haben ihren Grund zunächst in der Gruppensolidarität innerhalb des Betriebes, darüber hinaus aber auch in der "Repräsentativfunktion der Koalitionen" (MÜLLER, Betrieb 1958 S.742). So erklärt es sich, daß den Arbeitnehmern auch dann der Lohnanspruch versagt wird, wenn die Betriebsstillegung nicht durch einen Streik im eigenen Betrieb, sondern durch Streik der Arbeitnehmer eines anderen Betriebes (z.B. eines Elektrizitätswerks, der Grundstoffindustrie) des gleichen oder eines anderen Unternehmers erzwungen wird (vgl. HUECK, Lehrb. S.322 mit weiteren Nachweisen; BAG AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"; SIEBERT, RdA 1959 S.169/170). Das Einzelarbeitsverhältnis erfährt also sogar eine immanente Formung durch kollektive Momente, die außerhalb des Betriebes liegen. Es handelt sich um eine rechtlich relevante Auswirkung der allgemeinen Gesellschaftsordnung auf die Beziehungen des einzelnen Arbeitgebers zum einzelnen Arbeitnehmer.

39) Vgl. NIPPERDEY, Lehrb. S.619; BAG AP Nr.6 zu Art.9 GG "Arbeitskampf".

1) RdA 1958 S.365/366, vgl. auch BB 1959 S.855.

beschluß des BAG²⁾ als auch in der Entscheidung des BVerfG³⁾ zu kurz gekommen.

1. Der das Schuldrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt auch im Recht des Arbeitsverhältnisses⁴⁾. Wenn § 105 GewO nur Beschränkungen durch den Reichsgesetzgeber zulassen will, so ist damit für das Recht des Arbeitsverhältnisses klargestellt, daß der Vertragsfreiheit nicht nur subsidiäre Bedeutung hinter landesrechtlichen Regelungen zukommt⁵⁾.

2. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß die Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht viel von ihrer Bedeutung verloren hat und sich zahlreiche Ausnahmen gefallen lassen muß⁶⁾. Diese Ausnahmen ergeben sich zunächst einmal aus Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Es wird aber nicht immer genügend beachtet, daß die Vertragsfreiheit auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift Lücken aufweist. Im vorigen Paragraphen wurde gezeigt, daß das moderne Arbeitsverhältnisrecht von Faktoren beherrscht wird, die es notwendig machen, von den Bestimmungen des BGB abzuweichen. Dies muß auch von der wichtigsten schuldrechtlichen Regel des BGB, nämlich der Vertragsfreiheit, gelten. Dazu kommt, daß - wie im 1. Teil dieser Arbeit ausgeführt wurde⁷⁾ - der Vertragsfreiheit schon im allgemeinen Schuldrecht Grenzen gezogen sind, und zwar besonders dann, wenn eine auffallende wirtschaftliche Ungleichwertigkeit zwischen den Partnern vorliegt. Diese ist nun gerade im Arbeitsrecht gegeben. So

2) AP Nr.1 zu § 1 UrlaubsG Hamburg.

3) AP Nr.2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg. Das BVerfG hat übrigens auch in seiner Entscheidung zu § 16 des Bayer. Gesetzes über den Schutz der Sonn- und Feiertage vom 15.12.1949 (BVerfGE 2,232) im Grundsatz der Vertragsfreiheit keine Schranke für die Landesgesetzgebung gesehen.

4) Vgl. z.B. HUECK, Lehrb. S.130; NIKISCH I S.224; SCHNORR VON CAROLSFELD S.17; KASKEL-DERSCH S.133; BOGS, RdA 1956 S.1.

5) Vgl. dazu oben § 6 Ziff.1 (S.27/28).

6) Vgl. die oben in Fn.4 Genannten.

7) Vgl. dazu oben § 6 Ziff.2 (S.28-32).

führt auch das BAG⁸⁾, nachdem es die grundsätzliche Geltung des Prinzips der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht anerkennt, zugleich aber auch dessen Einschränkung durch den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit⁹⁾ betont hat, aus: "Die Vertragsfreiheit kann andernfalls dazu führen, daß der meist sozial und wirtschaftlich schwächere Arbeitnehmer von ihr nicht den gleichen Gebrauch machen kann wie der regelmäßig wirtschaftlich und sozial stärkere Arbeitgeber." Allerdings hat der Richter in jedem Einzelfall zu prüfen, ob unsere heutige Sozialauffassung die Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit zwingend erfordert. Aus der wirtschaftlichen Ungleichheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann nicht der Schluß gezogen werden, daß die Vertragsfreiheit a l l g e m e i n nicht mehr gelte. Viele soziale Verbesserungen (z.B. Alterspensionen, Weihnachtsgratifikationen, Jubiläumsgeschenke) sind wünschenswert, können aber dem Arbeitgeber wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit nicht abverlangt werden¹⁰⁾.

Die Vertragsfreiheit wird beispielsweise auch ohne gesetzliche oder kollektivrechtliche Bestimmung¹¹⁾ durch die Fürsorgepflicht und den Grundsatz der Gleichbehandlung eingeschränkt. Auf die Vertragsfreiheit kann nicht zurückge-

8) BAGE 1,136(138). Dieses Urteil spricht aus, daß die Befristung eines Arbeitsverhältnisses unwirksam ist, wenn sie dem Arbeitnehmer den Kündigungsschutz nimmt, obwohl keine besonderen Gründe für die Befristung vorliegen.

9) Man hätte freilich zu dem vom BAG gefundenen Ergebnis auch ohne Bezugnahme auf den Sozialstaatsgedanken kommen können (vgl. HUECK, Sozialstaatsgedanke S.67/68; MÜLLER, Betrieb 1956 S.526). Die Sozialstaatsnorm hat die Natur einer Generalklausel (so auch MÜLLER, Betrieb 1956 S.550). Der Richter bewegt sich daher auch dann im Lückenbereich, wenn er sich auf die Sozialstaatsklausel beruft.

10) Vgl. dazu HUECK, Lehrb. S.359/360.

11) Es sei nochmals betont, daß daran auch die Berufung auf Generalklauseln und Blankettnormen, die selbst keine inhaltlich bestimmte Regelung bieten, nichts ändert. Vgl. oben § 5 Ziff.2c (S.24/25).

griffen werden, wenn es etwa um den Urlaubsanspruch¹²⁾ oder die Pflicht zur Wiedereinstellung eines auf Grund eines Verdachtes entlassenen Arbeitnehmers¹³⁾ geht. Ein besonders anschauliches Beispiel für die Lückenhaftigkeit der Vertragsfreiheit bietet die Rechtsprechung, die in den Nachkriegsjahren zum allgemeinen Kündigungsschutz ergangen ist¹⁴⁾. Es

-
- 12) Der Urlaubsanspruch ist jetzt in den vom BVerfG für gültig erklärten Landesurlaubsgesetzen niedergelegt; darüber hinaus kann man heute auch von einem Gewohnheitsrecht sprechen (vgl. HUECK, Lehrb. S.395 mit weiteren Hinweisen). Aber auch wenn man davon einmal absieht: als "selbstverständlicher Ausfluß der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers" (HUECK a.a.O.) ist der Urlaub auf jeden Fall der Vertragsfreiheit entzogen.
- 13) Ein schwerwiegender Verdacht kann die Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen. Wird der zunächst begründete Verdacht später wieder ausgeräumt, so kann sich nach der h.L. daraus eine Wiedereinstellungspflicht ergeben; vgl. BGH AP Nr.2 zu § 611 BGB "Fürsorgepflicht"; BAG AP Nr.3 zu § 611 BGB "Fürsorgepflicht"; HUECK, Wiedereinstellung S.131 ff. Damit wird also in die Vertragsfreiheit eingegriffen, und zwar nicht - wie dies sonst im Arbeitsrecht meist der Fall ist - in die innere Gestaltungs-, sondern bereits in die Abschlußfreiheit.
- 14) Einen allgemeinen Kündigungsschutz gegen sozialwidrige Kündigungen gibt es seit dem Betriebsrätegesetz von 1920. Der Nationalsozialismus übernahm die Regelung weitgehend in das AOG, das mit Wirkung vom 1.1.1947 durch die Militärregierungen aufgehoben wurde. Erst 1951 erfolgte eine neue bundesgesetzliche Regelung. In den Ländern der amerikanischen und französischen Zone wurden in der Zwischenzeit neue Gesetze geschaffen, nicht aber in der britischen Zone. Die logische Folge des Wegfalls der die Vertragsfreiheit beschränkenden Kündigungsschutzbestimmungen wäre die Wiederherstellung der Vertragsfreiheit im alten Umfang gewesen. Die Rechtsprechung billigte aber auch in der britischen Zone trotz Fehlens gesetzlicher Bestimmungen einen Kündigungsschutz zu (wobei sie glaubte, die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB heranziehen zu müssen). Es wurde also eine Lücke in der Vertragsfreiheit festgestellt, denn "die formale Gleichbehandlung der Parteien bei der Aufhebung des Vertrages widerstreitet...der Gerechtigkeit, ihre unterschiedliche wirtschaftliche und soziale Lage verlangt auch eine verschiedene Ausgestaltung ihrer rechtlichen Befugnisse" (NIKISCH I S.611). Vgl. auch GALPERIN, BB 1948 S.306: "Mit dem Hinweis auf die Vertragsfreiheit können jedenfalls Begrenzungen des Kündigungsrechts nicht zurückgewiesen werden."

gibt sogar Bestrebungen, die Vertragsfreiheit auch in Bezug auf die Festsetzung der Lohnhöhe einzuschränken¹⁵⁾.

3. BÖTTICHER könnte daher dann nicht gefolgt werden, wenn er die Auffassung vertreten sollte, das Arbeitsvertragsrecht sei bereits durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit **m a t e r i e l l** geregelt und aus **d i e s e m** Grund komme es für die Frage des Ausschlusses der Länder von der Gesetzgebung auf das Kodifikationsprinzip gar nicht erst an. Wenn heute ein Land Einzelheiten der Fürsorgepflicht oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes regeln oder etwa die Pflicht zur Wiedereinstellung eines rehabilitierten Arbeitnehmers gesetzlich festlegen will, so kann ihm die Befugnis dazu nicht allein schon mit dem Hinweis auf die Vertragsfreiheit abgesprochen werden. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit bezieht sich nach unseren heutigen Anschauungen - die sich mit denen des Gesetzgebers des BGB vielfach nicht decken - auf diese Fälle gerade nicht.

Es ist dagegen richtig, wenn BÖTTICHER hervorhebt¹⁶⁾, daß § 105 GewO landesrechtliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit ausdrücklich ausschließt. Soweit die Vertragsfreiheit in dem eben dargestellten Sinn lückenhaft ist, handelt es sich bei § 105 GewO um ein Sperrgesetz, das den gleichen Regeln unterliegt wie das Kodifikationsprinzip.

15) Nach RAMM S.34 ist der Richter verpflichtet, "unter Berufung auf seine Befugnis zur Lückenausfüllung eine unterste Lohngrenze festzusetzen". Sein Recht zur Lückenausfüllung ergebe sich "aus der Notwendigkeit, den Einzelfall gerecht zu lösen, ohne daß auf diese Weise erst ein umständliches Gesetzgebungsverfahren in Gang gesetzt zu werden braucht" (S.35). Grundsätzlich zustimmend SIEBERT, RdA 1958 S.370.

16) RdA 1958 S.365. Ebenso LANDMANN-ROHMER-EYERMANN-FRÖHLER Anm.3c zu § 105 GewO; a.A. offensichtlich BOLDT-STEFFENS Anm.II 1 zu § 105 GewO (die bei der Frage der Gültigkeit der Landesurlaubsgesetze nicht darauf abstellen, ob ein Verstoß gegen die Sperrnorm des § 105 GewO, sondern ein solcher gegen etwaiges Bundesgewohnheitsrecht über den Urlaubsanspruch vorliegt); unklar ROHLFING-KISKALT Anm.3 zu § 105 GewO.

Von Interesse wird diese Sperrnorm namentlich dann, wenn man die Gültigkeit des Kodifikationsprinzips im Arbeitsrecht leugnet. Es erübrigt sich aber dennoch nicht, die Frage zu untersuchen, ob sich das Kodifikationsprinzip auf das Arbeitsrecht bezieht. § 105 GewO erstreckt sich nur auf das Recht des Arbeitsverhältnisses, und auch hier nur auf den Inhalt des Arbeitsvertrages¹⁷⁾. Das Kodifikationsprinzip ist dagegen ein umfassendes privatrechtliches Sperrgesetz.

§ 15. Lücken und Tarifautonomie

BÖTTICHER führt aus¹⁾, nicht nur die Einzel-, sondern auch die Kollektivvereinbarung brauche lediglich den Bundesgesetzgeber und die von diesem delegierten Stellen als Rechtssetzungsorgane höheren Ranges anzuerkennen.

Bei der Prüfung der Frage, ob im Zusammenhang mit der Tarifhoheit²⁾ das Gesetzgebungsrecht der Länder im Arbeitsrecht beschränkt wird³⁾, ist zu unterscheiden, ob dies durch materielle Normen des Bundesrechts (im folgenden unter 1)

17) S. LANDMANN-ROHLER-EYERMANN-FRÖHLER Anm.3c zu § 105 GewO.

1) RdA 1958 S.365/366 unter Ziffer 3 und 6.

2) Es gibt auch Kollektivvereinbarungen auf betrieblicher Ebene (Betriebsvereinbarungen). Diese brauchen jedoch im Rahmen dieser Untersuchung nicht berücksichtigt zu werden, da sie jedenfalls nicht zu einem weitergehenden Ausschluß des Landesrechts führen können als die Tarifverträge. Auch die Ausführungen BÖTTICHERS beschränken sich auf das Verhältnis der Tarifautonomie zur Landesgesetzgebung.

3) Es wurde bereits ausgeführt (oben § 1 Fn.20, S.7), daß die Tarifhoheit durch Landesgesetz niemals völlig abgeschafft werden könnte (vgl. auch IAG München AP 50 Nr.275). Hier geht es nur darum, ob Landesrecht die Autonomie der Tarifvertragsparteien im einzelnen durch höherrangige Bestimmungen beschneiden kann.

oder durch Sperrgesetze des Bundes (im folgenden unter 2) geschehen soll.

1. Der normative Teil des Tarifvertrags⁴⁾ enthält kraft Autonomie erzeugte Rechtsnormen im materiellen Sinn⁵⁾. Die Rechtsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien ist jedoch auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt⁶⁾. Nach § 3 TVG sind nur die Mitglieder der Tarifvertragspartner und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist, tarifgebunden⁷⁾. Nicht alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer gehören aber einer der Koalitionen an⁸⁾. Daraus ergibt sich, daß die Gesetzgebungsbefugnis der Länder im Arbeitsrecht durch die Tarifhoheit nicht s c h l e c h t h i n ausgeschlossen sein kann. Den Ländern muß auf jeden Fall das Recht bleiben, für diejenigen Personen, die außerhalb der Koalitionen stehen und daher von der tariflichen Regelung nicht erfaßt werden, gesetzliche Bestimmungen zu erlassen⁹⁾.

4) Im Gegensatz zum obligatorischen Teil, vgl. z.B. NIPPERDEY, Lehrb. S.231.

5) Vgl. z.B. NIPPERDEY, Lehrb. S.261,265; BAG AP Nr.4 zu Art.3 GG Bl. 123R/124.

6) Sie ist ferner beschränkt auf die ihnen vom Gesetzgeber überlassenen Sachgebiete (vgl. NIPPERDEY, Lehrb. S.335). Aus den Aufzählungen in §§ 1, 4 Abs.2 TVG, 1 des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen ergibt sich aber, daß die Normsetzungsbefugnis im privatrechtlichen Teil des Arbeitsrechts sehr umfassend ist.

7) § 3 Abs.2 TVG enthält eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen gelten für alle Betriebsangehörigen, wenn nur der Arbeitgeber tarifgebunden ist.

8) Die "negative Koalitionsfreiheit" ist sogar weitgehend verfassungsrechtlich geschützt, vgl. NIPPERDEY, Lehrb. S.119.

9) Diese Auffassung wird auch vom LAG München AP 50 Nr.275 und von SOMMER, RdA 1956 S.27 - zwar jeweils in etwas anderem Zusammenhang, aber doch grundsätzlich im gleichen Sinn - vertreten. Das LAG München führt den Gedanken bei der Frage aus, ob der staatliche Gesetzgeber im Hinblick auf die Tarifhoheit überhaupt Gegenstände des Rechts des Arbeitsverhältnisses regeln darf. SOMMER leitet aus ihm ab, daß Tarifrecht niemals B u n d e s - recht sein könne.

Es kann also von vorneherein nur darum gehen, ob Tarifrecht oder staatliches Landesrecht bei einer Kollision den Vorrang genießt, nicht aber darum, ob die Gesetzgebungsbefugnis der Länder durch materielles Tarifrecht generell ausgeschlossen wird. Zu der letzteren Fragestellung könnte nur der Ausnahmefall der Allgemeinverbindlicherklärung, durch die die Wirkung des Tarifvertrags auf sämtliche Arbeitgeber und Arbeitnehmer seines Geltungsbereichs erstreckt wird (§ 5 Abs.4 TVG), führen. Da sich aber Tarifverträge (auch bundeseinheitliche) nur auf einzelne Wirtschaftsgruppen, arbeitsrechtliche Gesetze dagegen meist auf umfassendere Bereiche beziehen, kann es praktisch kaum vorkommen, daß für alle Personen, die von einem arbeitsrechtlichen Gesetz erfaßt werden, auch eine lückenlose tarifliche Regelung vorliegt.

Die für die Zielsetzung dieser Arbeit primäre Frage, ob materielles Tarifrecht dem Erlass von landesrechtlichen Vorschriften im Arbeitsrecht entgegensteht, kann demnach bereits als erledigt betrachtet werden. Nur für den Fall, daß der hier vertretenen Ansicht nicht gefolgt werden sollte - und weil außerdem die Frage des Vorrangs bei einer Kollision zwischen Tarifrecht und Landesrecht nicht ganz außerhalb des Rahmens der Arbeit liegt -, wird noch untersucht, ob es im Zusammenhang mit der Tarifhoheit materielle, dem Landesrecht vorgehende Normen gibt. Dabei ist zu unterscheiden:

a) Den Tarifvertragsparteien ist ihre Autonomie durch Normen des Bundesrechts verliehen worden¹⁰⁾. In der Übertragung von

10) § 1 TVG, § 1 des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, wohl auch Art.9 Abs.3 GG (vgl. NIPPERDEY, Lehrb. S.110).

Rechtssetzungsbefugnissen durch den Bund kann aber nicht schon eine materielle Regelung gesehen werden¹¹⁾. Diese kann nur in den von den ermächtigten Organen auf Grund der Delegation erlassenen Rechtssätzen (Rechtsverordnungen, Satzungen, Tarifnormen etc.) liegen¹²⁾. Insbesondere kann man die Tarifaufonomie nicht mit der Vertragsfreiheit gleichstellen. Der Vertragsfreiheit kommt der Charakter einer materiellen Norm zu¹³⁾. Sie stellt ein dem einzelnen Rechtsgenossen verliehenes Gestaltungsmittel, nicht aber die Befugnis zur Setzung objektiven Rechts dar. Die Tarifhoheit begründet dagegen nur eine Zuständigkeit zum Erlaß von Normen¹⁴⁾. Eine Zuständigkeitsnorm kann nie materielle Vorschrift sein. Die Verleihung der Autonomie stellt daher wohl eine bundesrechtliche, nicht aber eine materielle Norm dar. Die Frage spitzt sich also darauf zu, ob den konkreten Normen der Tarifverträge oder dem Landesgesetz der höhere Rang zukommt.

b) HEIMANN¹⁵⁾ behauptet, daß zwar nicht alle, wohl aber die auf Bundesebene geschlossenen Tarifverträge den Landesgesetzen vorgingen. Seiner Ansicht kann nicht gefolgt werden¹⁶⁾. Daß die Tarifvertragsparteien Gesetze im materiellen Sinn erzeugen, berechtigt nicht zu dem Schluß, den auf Bundes-

11) So auch HERRMANN S.44/45.

12) Daher enthält auch das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen keine materiellen Normen über Lohn- und Arbeitsbedingungen. Solche können nur in den auf Grund des Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen enthalten sein.

13) Vgl. oben § 6 Ziff.1, bes. Fn.6 (S.26).

14) Diesen Unterschied zwischen Vertragsfreiheit und Tarifhoheit heben auch BOGS, RdA 1956 S.2 und SCHMIDT-RÜPPLER S.164 hervor.

15) RdA 1955 S.422 und RdA 1957 S.341.

16) Sie wird auch einhellig abgelehnt. Vgl. NIPPERDEY, Lehrb. S.273; NIKISCH II S.227 Fn.94; SOMMER, RdA 1956 S.26; SCHMELZER, RdA 1957 S.339. Die Rechtsprechung vertritt ebenfalls die Auffassung, daß Tarifnormen unter dem Range des Landesrechts stehen, vgl. BAG AP Nr.1 zu § 2 UrlaubsG Rhld.-Pfalz (beide mit zust. Anm. von DERSCH), OAG Rhld.-Pfalz AP 51 Nr.66, LAG Hannover AP 51 Nr.92 und LAG München AP 50 Nr.275. S. auch DERSCH, RdA 1959 S.328.

ebene geschlossenen Tarifverträgen müsse die Wirkung des Art.31 GG zukommen. Diese Bestimmung setzt - ebenso wie Art.72 Abs.1 GG - das Vorliegen von B u n d e s recht voraus. HEIMANN kann aber keinen durchgreifenden Grund für seine These, ein auf Bundesebene geschlossener Tarifvertrag sei Bundesrecht, angeben¹⁷⁾. Man kann nicht schondann von Bundesrecht sprechen, wenn ein Gesetz im materiellen Sinn bundeseinheitlich gilt¹⁸⁾ und auch nicht dann, wenn sich die Rechtssetzungsbefugnis eines autonomen Verbandes aus dem Bundesrecht ableitet¹⁹⁾. Maßgeblich für die Zuordnung ist vielmehr, von welchem Träger öffentlicher Gewalt das Recht gesetzt wird. Bundesrecht ist das vom Bund gesetzte Recht²⁰⁾. Das Tarifrecht stammt aber nicht vom Bund, sondern von den mit eigener - also von der des Bundes getrennter - Rechts-

- 17) In RdA 1957 S.342 argumentiert HEIMANN so: Der Wortlaut des Art.31 GG "Bundesrecht bricht Landesrecht" enthalte nach den Grundsätzen der Logik auch den Satz "Bundesgesetz bricht Landesgesetz". Da das BAG (AP Nr.4 zu Art.3 GG) anerkannt habe, daß die Tarifnorm "Gesetz" im Sinne des Art.3 Abs.1 GG sei, der Begriff des Gesetzes in Art.3 GG und der, wie er zwangsläufig in Art.31 GG enthalten sein müsse, aber gleich seien, ergebe sich, daß auf Bundesebene geltende Tarifnormen Bundesrecht im Sinne des Art.31 GG seien. Diese Argumentation ist völlig unzureichend. Selbst wenn man zugibt, daß der Begriff des Gesetzes in Art.3 und 31 GG der gleiche ist (was aus dem formalistischen Schlußverfahren HEIMANNs allein noch gar nicht folgt), so bleibt HEIMANN doch den Beweis dafür schuldig, daß man den Tarifvertrag als B u n d e s gesetz klassifizieren kann. Gerade hierauf kommt es aber an.
- 18) So auch SCHMELZER, RdA 1957 S.340 und MAUNZ Randn.10 zu Art.31 GG. Wie wenig die bundeseinheitliche Geltung für den Begriff des Bundesrechts hergibt, zeigt das Beispiel des "partiellen" - also nicht bundeseinheitlich geltenden - Bundesrechts.
- 19) Ebenso SCHMELZER, RdA 1957 S.340. MAUNZ Randn.10 zu Art.31 GG weist zutreffend darauf hin, daß andernfalls auch jeder partikuläre Tarifvertrag als Bundesrecht angesehen werden, also j e d e r Tarifvertrag dem gesamten Landesrecht vorgehen müßte. Folgerichtig müßten dann sogar Betriebsvereinbarungen Bundesrecht sein.
- 20) Dazu zählt auch das gemäß Art.124,125 GG zu Bundesrecht gewordene vorkonstitutionelle Recht und das Bundesgewohnheitsrecht. Letzteres ist zwar nicht von den zur Gesetzgebung berufenen Organen des Bundes gesetzt, entstammt aber doch dem eigentlichen Träger der Bundesstaatsgewalt, dem Bundesvolk. Man kann es daher nicht (wie dies FREIMANN, RdA 1955 S.423, tut) mit dem Tarifrecht gleichsetzen.

setzungsgewalt ausgestatteten Tarifvertragspartnern. Es kann daher nicht in die Kategorien "Bundesrecht" und "Landesrecht" eingeordnet werden²¹⁾, SCHMELZER²²⁾ bezeichnet es zutreffend als das von dieser Einteilung unabhängige "Tarifvertragspartner-Recht". Es entspricht dem Wesen autonomen Rechts, daß es am staatlichen Recht seine Grenze findet²³⁾. Alles autonome Recht beruht auf staatlicher Ermächtigung²⁴⁾, die Länder besitzen dagegen unabgeleitete Rechtssetzungsgewalt²⁵⁾. Landesrecht kann daher nur durch Bundesrecht, nicht aber durch autonomes Recht beschränkt werden. So begrüßenswert und bedeutungsvoll die Selbstverwaltung der Sozialpartner im modernen Arbeitsrecht auch ist - nach geltendem Recht besteht ein Vorrang des staatlichen (Bundes- und Landes-) Gesetzes.

2. Da somit im Zusammenhang mit der Tarifautonomie materielle Vorschriften des Bundesrechts nicht vorhanden sind, soll geprüft werden, ob es Sperrgesetze des Bundes gibt, die gerade mit Rücksicht auf die Rechtssetzungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien den Ausschluß der Landesgesetzgebung im Arbeitsprivatrecht bezwecken.

a) In der durch das TVG erfolgten Ermächtigung der Tarifvertragspartner wird man schwerlich ein Sperrgesetz erblicken können. Hätte der Gesetzgeber des TVG von der herrschenden Vorstellung, autonomes Recht sei dem staatlichen Recht untergeordnet, abweichen wollen, dann hätte er dies deutlich zum Ausdruck bringen müssen.

b) BÖTTICHLER²⁶⁾ weist auf das Gesetz über die Festsetzung

21) Ebenso SCHMELZER, RdA 1957 S.340; SOMMER, RdA 1956 S.27; MAUNZ Randn.10 zu Art.31 GG.

22) RdA 1957 S.340.

23) Vgl. HENSEL S.323; PROST, NJW 1955 S.1465; REUSS, AuR 1958 S.326; SCHMELZER, RdA 1957 S.341; NIPPERDEY, Lehrb. S.273; NIKISCH II S.227.

24) Vgl. PETERS S.264; NIPPERDEY, Lehrb. S.262; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.277 mit zahlreichen Hinweisen.

25) Vgl. HENSEL S.320, PETERS S.264, ANSCHÜTZ Anm.1 zu Art. 12 Weim.Verf., MAUNZ Randn.1 zu Art.31 GG.

26) RdA 1958 S.365. Ebenso KETTNER, Arbeitgeber 1960 S.28.

von Mindestarbeitsbedingungen²⁷⁾ hin. Er behauptet, der Gesetzgeber habe in diesem Gesetz eine Entscheidung darüber getroffen, in welchen Fällen ausnahmsweise eine obrigkeitliche Regelung durch andere Stellen als ihn selbst soll in Frage kommen können. Wenn dieses Gesetz in § 1 Abs.1 den Grundsatz aufstelle, daß "die Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen grundsätzlich in freier Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien durch Tarifverträge erfolgt" und dann in § 1 Abs.2 aufs genaueste die Voraussetzungen umreißt, unter denen "Mindestarbeitsbedingungen zur Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen" nach Maßgabe seiner Vorschriften festgesetzt werden können, so sei es mit Sicherheit dahin zu verstehen, daß außerhalb dieser Voraussetzungen und durch andere als die in ihm vorgesehenen Stellen keine obrigkeitlichen Festsetzungen möglich seien; insbesondere seien Festsetzungen auf Landesebene nur im Rahmen der in § 10 vorgesehenen Delegation zulässig.

Diese Argumentation BÖTTICHERS ist nicht zwingend. Die Mindestarbeitsbedingungen (die bisher noch keine praktische Bedeutung erlangt haben) sollen den Arbeitnehmern die notwendigsten Arbeitsbedingungen, vor allem den notwendigen Lohn, sichern. Man hat deshalb von einem "lohnpolitisch letzten Verteidigungswall" gesprochen²⁸⁾. Es ist selbstverständlich, daß die (gemäß § 4 Abs.3 des Gesetzes) als Bundesrechtsverordnung erlassenen Mindestarbeitsbedingungen dem Landesrecht vorgehen²⁹⁾. Es ist aber nicht einzusehen, warum das zu einem Spezialzweck, nämlich dem der Verhütung der "Verelendung bestimmter Arbeitnehmerkreise"³⁰⁾ geschaffene Gesetz ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Erlaß von Mindestarbeitsbedingungen die Gesetzgebungsbefugnis der Länder generell ausschließen soll. Es sei nochmals auf den

27) Ähnlich § 19 des Heimarbeitsgesetzes vom 14.3.1951.

28) Vgl. § 4 Abs.4 des Gesetzes; ferner NIPERDEY, Lehrb. S.171; HUECK, Lehrb. S.133; NIKISCH II S.519,522.

29) Die gemäß § 10 des Gesetzes als Landesrechtsverordnung erlassenen Mindestarbeitsbedingungen sind dagegen Landesrecht. Alle Normen, die von Landesorganen gesetzt werden, gehören zum Landesrecht, auch wenn sie auf bundesgesetzlicher Ermächtigung beruhen. Vgl. MAUNZ Randn. 8 zu Art.31 GG; HERRMANN S.45 mit weiteren Hinweisen.

30) NIKISCH II S.522.

vom Schrifttum herausgestellt³¹⁾ Vorrang des staatlichen vor autonomem Recht hingewiesen. Hätte das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen diesen Grundsatz durchbrechen wollen, so hätte es dies deutlich zum Ausdruck bringen müssen. In § 1 Abs.1 des Gesetzes kann nur eine deklaratorische Anerkennung der Tarifhoheit gesehen werden. Daher kann man aus §§ 1 Abs.2, 10 des Gesetzes nur schließen, daß außerhalb der dort genannten Voraussetzungen und durch andere als die dort vorgesehenen Stellen M i n d e s t - a r b e i t s b e d i n g u n g e n nicht festgesetzt werden können, nicht aber, daß a l l e obrigkeitliche Festsetzungen im Arbeitsverhältnisrecht ausgeschlossen sein sollen³²⁾.

Aber selbst wenn man das Vorliegen eines Sperrgesetzes ba-
jahte, ergäben sich daraus keine weiterreichenden Konsequenzen als aus dem Kodifikationsprinzip. Es gilt hier das gleiche wie beim Sperrgesetz des § 105 Gewo³³⁾: die Frage, ob das Kodifikationsprinzip auch im Arbeitsrecht gilt, erübrigt sich nicht, da dieses auf jeden Fall das umfassendere Sperrgesetz wäre³⁴⁾.

31) Vgl. oben Fn.16 u. 23 (S.86 bzw. 88).

32) Das BVerfG (AP Nr.2 zu § 1 Urlaubsg Hamburg) sieht - auch wenn es sich mit der Frage nicht ausdrücklich auseinandersetzt - in dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen ebenfalls keine Schranke für die Landesgesetzgebung. Dem kann man nicht entgegenhalten, die vom BVerfG behandelten Urlaubsgesetze seien bereits vor diesem Gesetz erlassen worden (so aber BÖTTCHER, Rda 1958 S.366 und KETTNER, Arbeitgeber 1960 S.28). HUECK, Lehrb. S.971 Fn.23, weist zutreffend darauf hin, daß das BVerfG auch das erst 1956 erlassene Urlaubsgesetz von Nordrhein-Westfalen für gültig ansieht. Man darf auch nicht übersehen, daß ein Bundesgesetz nicht nur den Erlaß entgegenstehenden Landesrechts verhindert (Art.72 Abs.1 GG), sondern in gleichem Umfang auch bereits bestehendes Landesrecht beseitigt (Art.31 GG). Daher hatte die im Jahre 1958 ergangene Entscheidung des BVerfG das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen auch im Hinblick auf die vor dem 11.1.1952 erlassenen Urlaubsgesetze zu beachten.

33) S. oben § 14 Ziff.3 (S.83).

34) Andernfalls müßte man insbesondere die Frage aufwerfen, wie der Begriff der "Entgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen", den das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen verwendet, abzugrenzen ist. Vgl. dazu HUECK, Lehrb. S.129.

5. Kapitel

Geltung des Kodifikationsprinzips auch im Arbeitsrecht

Da die bundesrechtliche Regelung im Arbeitsprivatrecht lückenhaft ist, muß geprüft werden, ob sich das Kodifikationsprinzip des BGB auf das Arbeitsrecht erstreckt. Die Frage lautet: Bezieht sich das Kodifikationsprinzip auf das gesamte Privatrecht (dann ist auch das Arbeitsprivatrecht mitinbegriffen) oder nur auf das bürgerliche Recht, also das allgemeine Privatrecht (dann erfaßt es die Sonderdisziplin Arbeitsrecht nicht)? Es soll untersucht werden, wie diese Frage bei einer historischen Auslegung (§ 16) und wie bei einer objektiven Auslegung (§ 17) des Kodifikationsprinzips zu beantworten ist. Anschließend soll noch auf den Lösungsvorschlag BÖTTICHERS eingegangen werden (§ 18).

§ 16. Die historische Auslegung des Kodifikationsprinzips

Art. 55 EGBGB spricht von den "privatrechtlichen" Vorschriften der Landesgesetze. Nach Meinung des BVerfG¹⁾ hat der Gesetzgeber "privatrechtlich" als gleichbedeutend mit "bürgerlich-rechtlich" angesehen. Das BVerfG ist also der Auffassung, schon die historische Auslegung führe zu dem Ergebnis, daß sich das Kodifikationsprinzip nicht mehr auf das Arbeitsrecht erstrecken könne.

1. Der Sprachgebrauch in den Motiven zum BGB und EGBGB zu den Begriffen "Privatrecht" und "bürgerliches Recht" ist nicht immer klar und einheitlich. So wird an einer Stelle eine Definition des bürgerlichen Rechts gegeben, die eigentlich eine solche des Privatrechts ist²⁾; an anderer Stelle³⁾ wird dagegen sehr wohl zwischen Privatrecht und bürgerli-

1) AP Nr. 2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl. 683.

2) Vgl. Motive zum BGB I S. 1: "Das bürgerliche Recht läßt sich im Allgemeinen als der Inbegriff derjenigen Normen bezeichnen, welche die den Personen als Privatpersonen zukommende rechtliche Stellung und die Verhältnisse, in welchen die Personen als Privatpersonen unter einander stehen, zu regeln bestimmt sind."

3) Motive zum EGBGB S. 67.

chem Recht unterschieden: man hält gewisse Sonderrechtsgebiete (Wechsel- und Handelsrecht mit Binnenschifffahrt, Versicherung, Verlagsvertrag, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften; ferner Urheberrecht und Recht des Patent-, Marken- und Musterschutzes) zwar für Privat-, nicht aber für bürgerliches Recht und nimmt sie daher aus der Kodifizierung des bürgerlichen Rechts aus. Da offensichtlich auf die Unterscheidung zwischen bürgerlichem Recht und Privatrecht im allgemeinen wenig Sorgfalt verwendet wurde, wäre es unnütz, die verschiedenen Textstellen in den Motiven (die nur eine unverbindliche Privatarbeit sind) gegeneinander auszuspielen.

Es läßt sich aber doch aus dem Gesetz wie aus den Motiven der Wille des Gesetzgebers entnehmen, die lang ersehnte Rechtseinheit im g a n z e n P r i v a t r e c h t (abgesehen von den Vorbehaltsmaterien des EGBGB) und nicht nur in dem engeren Bereich "bürgerliches Recht" durchzuführen. In Art.55 EGBGB und den Motiven zu diesem Artikel⁴⁾ wird kategorisch von der Aufhebung des gesamten Landesprivatrechts gesprochen. Kennzeichnend ist, daß in die Vorbehaltsmaterien das Versicherungs- und Verlagsrecht (Art.75,76 EGBGB) aufgenommen wurden, obwohl man diese Gebiete von der Kodifikation des bürgerlichen Rechts ausgenommen hatte. Die Erwähnung wäre überflüssig gewesen, hätte man das Kodifikationsprinzip nur auf das bürgerliche Recht erstrecken wollen.

2. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der privatrechtliche Teil des Arbeitsrechts von der Kodifikation des bürgerlichen Rechts erfaßt sein sollte. Das zeigen die zum Teil erbitterten Debatten, die in der Entstehungszeit des BGB über das Dienstvertragsrecht geführt wurden. Man bemängelte zwar vielfach, daß die Regelung des BGB dem Wesen des Arbeitsverhältnisses nicht entspreche, ging aber stets davon aus, daß sich die umstrittenen Bestimmungen auch auf die Arbeitsverträge bezögen⁵⁾. Die Geltung des Kodifikationsprinzips

4) Motive zum EGBGB S.146; vgl. bes. das Zitat oben § 8 Ziff.1 (S.36).

5) Vgl. oben § 13 Fn.13 (S.71); ferner Sten.Ber.RT S.18, 82-84. Daran ändert nichts, daß auch die Verteidiger des Entwurfs anerkannten, daß im Arbeitsrecht (wie in manchen anderen Gebieten) für die Spezialgesetzgebung noch viel zu tun übrig bleibe (vgl.z.B. Sten.Ber.RT S.89).

im Arbeitsrecht war daher eine Selbstverständlichkeit. Zu diesem Ergebnis führt auch ein Umkehrschluß aus Art. 95 EGBGB (Vorbehalt für die landesrechtlichen Vorschriften im Gesinderecht).

Die Einbeziehung des Arbeitsprivatrechts in das Kodifikationsprinzip ist insofern bemerkenswert, als man bereits zur Zeit des Erlasses des BGB begann, das Arbeitsrecht als ein Sonderrechtsgebiet zu betrachten. Die "soziale Frage" war in aller Schärfe entbrannt. Es ist nicht richtig, wenn das BVerfG ausführt⁶⁾, die sozialen Probleme seien um die Jahrhundertwende noch nicht als Aufgabe einer besonderen Arbeitsgesetzgebung erkannt worden. Man vertrat vielmehr die Auffassung, ein bürgerliches Gesetzbuch solle die bisherige Entwicklung nur abschließen und keine sozialreformatische Experimente unternehmen, war sich aber durchaus bewußt, daß sehr bedeutsame soziale Fragen zur Lösung anstanden. Da die Dinge noch im Fluß waren, wollte man diese Probleme der Spezialgesetzgebung vorbehalten⁷⁾. In die gleiche Richtung weist, daß schon bei der Verabschiedung des bürgerlichen Gesetzbuchs im Dezember 1896 eine Resolution angenommen wurde, in der die Reichsregierung ersucht wurde, "dafür Sorge zu tragen, daß die Verträge, durch welche sich jemand verpflichtet, einen Teil seiner körperlichen oder geistigen Arbeitskraft für die häusliche Gemeinschaft, ein wirtschaftliches oder gewerbliches Unternehmen eines anderen gegen einen vereinbarten Lohn zu verwenden, für das Deutsche Reich baldtunlichst einheitlich geregelt werden"⁸⁾. Man sah also die kommende Entwicklung (jedenfalls bis zu einem gewissen Grade) voraus. Dennoch erstreckte man den Anwendungsbereich der Art. 55, 3 EGBGB auch auf die privatrechtlichen Vorschriften des Arbeitsrechts.

3. Die historische Auslegung läßt sich also nicht für, wohl

6) AP Nr. 2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl. 682.

7) Vgl. PLANCK, AcP 75 S. 406/407; Sten. Ber. RT S. 27/28, 34, 99.

8) Zit. nach MELSBACK S. 16. Es sollten also die in verschiedenen Reichsgesetzen (namentlich BGB, HGB, GewO) verstreuten Bestimmungen arbeitsrechtlichen Inhalts in einem Gesetz vereinigt werden.

aber gegen die Auffassung des BVerfG zum Kodifikationsprinzip anführen. Damit soll freilich nicht gesagt sein, daß es nur auf die historische Betrachtungsweise anzukommen habe⁹⁾. Auch das BVerfG stützt sich offensichtlich in erster Linie auf die objektive Auslegung, wenn es ausführt, Art. 55 EGBGB sei eine Norm "mit wechselndem Inhalt", die "zu ihrem inhaltlichen Bestandteil die sich wandelnde Wirklichkeit" habe¹⁰⁾. Im folgenden Paragraphen soll daher geprüft werden, ob man nach einer vom Willen des Gesetzgebers losgelösten objektiven Auslegung mit dem BVerfG annehmen muß, daß das Kodifikationsprinzip heute im Arbeitsrecht nicht mehr gilt.

§ 17. Die objektive Auslegung des Kodifikationsprinzips

1. Das BVerfG gibt für seine Auffassung, daß sich das Kodifikationsprinzip nach objektiver Auslegung nur auf die Rechtsgebiete beziehe, die jeweils noch als bürgerlich-rechtlich anerkannt seien, keinen Grund an. Es schildert nur, daß das Arbeitsrecht heute nicht mehr als bürgerliches Recht, sondern als eine Sonderrechtsdisziplin anzusehen sei¹⁾. Damit sagt es aber nichts Neues. Diese Tatsache war auch bisher bekannt, man hat aber aus ihr nicht die Konsequenzen gezogen, die das BVerfG nunmehr ziehen zu müssen glaubt²⁾. Die Berufung auf die Sonderrechtsnatur des Arbeitsrechts ist keine ausreichende Begründung der vom BVerfG vertretenen Meinung.

Auch der Hinweis des BVerfG³⁾ auf Art. 74 Nr. 12 GG, in dem

9) Zu dem Streit zwischen den Auslegungstheorien (namentlich der historischen = subjektiven und der objektiven Methode), der eines der fundamentalen Probleme der Rechtswissenschaft betrifft, kann hier nicht Stellung genommen werden. S. ENGISCH, Einführung Kap. V; LARENZ, Methodenlehre S. 233 ff.; ENNECCERUS-NIPPERDEY S. 311 ff. (mit sehr reichhaltigen Schrifttumsangaben).

10) AP Nr. 2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl. 683.

1) Ebenso verfährt HESSEL, AuR 1956 S. 268.

2) Vgl. z.B. die von BÖTTICHER (RdA 1958 S. 363) angeführte Entscheidung RGZ 170, 28; s. ferner oben § 2 Fn. 1 (S. 8).

3) AP Nr. 2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl. 683; ebenso HESSEL, AuR 1956 S. 269 und Stellungnahme der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen, RdA 1956 S. 145.

die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über das abhängige Arbeitsverhältnis in einem Begriff des Arbeitsrechts zusammengefaßt worden seien, besagt nichts für seine Auffassung. Es ist unstreitig, daß es einen einheitlichen Begriff "Arbeitsrecht" gibt; ebenso ist es aber auch ganz überwiegend anerkannt, daß sich das Arbeitsrecht in einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil gliedert⁴⁾. Es ist unschädlich, wenn der privatrechtliche Teil des Arbeitsrechts sowohl von Nr.1 als auch von Nr.12 des Art.74 GG erfaßt wird. Dagegen hätte es auffallen müssen und vielleicht zu falschen Schlüssen führen können, wenn in Nr.12 der privatrechtliche Teil ausgenommen worden wäre. Redaktionell war es daher der einfachere und zweckmäßigere Weg, den einheitlichen Begriff "Arbeitsrecht" zu verwenden. Rückschlüsse auf den Geltungsbereich des Kodifikationsprinzips kann man daraus nicht ziehen⁵⁾.

2. Der Lösung des BVerfG kann nicht zugestimmt werden. Sie hat nicht nur für das Arbeitsrecht Auswirkungen, sondern auch für die zahlreichen anderen Gebiete des Privatrechts, die man nicht als "bürgerlich-rechtlich" ansprechen kann (z.B. für die privatrechtlichen Bestimmungen im Recht des Verkehrswesens, des Gewerbe und Handels, der Energiewirtschaft, des Bank- und Börsenwesens, des Privatversicherungswesens)⁶⁾. Es ist nicht einzusehen, warum bei Lücken im engeren Bereich des bürgerlichen Rechts die Landesgesetzgebung ausgeschlossen sein soll, nicht aber bei Lücken in den nicht bürgerlich-rechtlichen Bereichen. Es ist durch nichts gerechtfertigt, auf diese Weise die Einheit des Privatrechts zu zerreißen. Im Interesse der Rechtseinheit ist es wünschenswert, daß im Gesamtbereich des Privatrechts die Länder

4) S. oben § 1 Fn.15 (S.6).

5) Im Ergebnis ebenso BAG AP Nr.1 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl.147R, 148/148R; WIESE, RdA 1957 S.84.

6) Für das Wirtschaftsrecht kommt dies im Beschluß des BVerfG selbst zum Ausdruck, vgl. AP Nr.2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl.683.

von der Gesetzgebung verdrängt sind.

Das BVerfG ist zu seiner Entscheidung offensichtlich deshalb gekommen, weil es an der überkommenen Auffassung vom Wesen des Kodifikationsprinzips festhielt. Sieht man⁷⁾ die Rechtfertigung des Kodifikationsprinzips darin, daß aus den Normen der Kodifikation heraus alle erdenklichen Rechtsfälle gelöst werden können, so muß man eigentlich zu dem Ergebnis des BVerfG gelangen. Denn es ist offensichtlich, daß das BGB keine erschöpfende Regelung des Arbeitsrechts und der sonstigen Gebiete des modernen Wirtschaftsrechts darstellt⁸⁾. Erblickt man aber - wie hier vertreten - im Kodifikationsprinzip ein Sperrgesetz, dessen Funktion gerade darin besteht, die Ländergesetzgebung beim Fehlen materieller bundesrechtlicher Normen auszuschließen, dann steht nichts im Wege, bei der objektiven Auslegung der Art. 55,3 EGBGB als tragende Gesichtspunkte das Bedürfnis nach Rechtseinheit und den Gedanken der Einheit des Privatrechts zu verwerten und daher das Kodifikationsprinzip auf das gesamte Privatrecht zu erstrecken⁹⁾.

3. Selbst wenn man aber - entgegen der hier vertretenen Meinung - bezweifeln wollte, daß sich das Kodifikationsprinzip auf das g a n z e Privatrecht und damit auch auf a l l e privatrechtlichen Sonderdisziplinen erstreckt, müßte die Geltung des Kodifikationsprinzips in dem Sonderrechtsgebiet A r b e i t s p r i v a t r e c h t bejaht werden. Denn im Arbeitsrecht ist das Bedürfnis nach Rechtseinheit be-

7) Wie dies etwa das BAG tut, vgl. oben § 9 (S.38-46).

8) Insofern ist der Beschluß des BVerfG konsequenter als der des BAG.

9) Im Ergebnis ebenso BAG AP Nr.1 zu § 1 UrlaubsG Hamburg Bl.144R,147R und die oben in § 2 als Befürworter dieses Beschlusses Genannten. Der Beschluß des BVerfG ist nicht nur deshalb bedauerlich, weil in ihm die Auffassung vertreten wird, das Kodifikationsprinzip beziehe sich nicht mehr auf das Arbeitsrecht, sondern auch insofern ausgesprochen fehlerhaft, als das BVerfG das Sperrgesetz des § 105 GewO nicht beachtete. Da das BVerfG bisher gegen die Gültigkeit von Sperrgesetzen nichts einzuwenden hatte (vgl. oben § 10 Ziff.1, S.48), hätte es über § 105 GewO zu der Ungültigkeit der Landesurlaubsgesetze kommen müssen. Jedenfalls hätte es diese Frage erörtern müssen.

sonders groß¹⁰⁾.

- 10) Aus diesem Grund wäre es wohl auch zweckmäßiger, wenn das Arbeitsrecht ein Gegenstand der ausschließlichen und nicht nur der konkurrierenden Zuständigkeit des Bundes wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung, die die unbegrenzte Wirksamkeit des Kodifikationsprinzips auch im Arbeitsrecht anerkennt, ist die Rechtseinheit zwar auch beim gegenwärtigen Verfassungszustand gewahrt. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn man es mit dem BVerfG nicht mehr auf das Arbeitsrecht erstreckt oder wenn man hinsichtlich seiner Wirksamkeit den an sich durchaus naheliegenden Unterschied zwischen justiziablen Fragen und reinen Ordnungsaufgaben machte (vgl. oben § 11 Ziff.2, S.51-57). Rechtszersplitterung ist im Arbeitsrecht stets ein Übel (falls nicht ausnahmsweise besondere Gesichtspunkte für eine Rechtssetzung der Länder sprechen, wie bei Sonderregelungen für Arbeitsverhältnisse, denen nur regionale Bedeutung zukommt). Dies gilt übrigens auch für andere Materien der konkurrierenden Gesetzgebung. Es fällt auf, daß gerade die Rechtsgebiete, in denen im vorigen Jahrhundert der Mangel an Rechtseinheit als besonders schmerzlich empfunden wurde und in denen man daher den Erlaß von Kodifikationen anstrebte (bürgerliches Recht, Handelsrecht, Strafrecht, Prozeßrechte etc.) nur Materien der konkurrierenden Gesetzgebung sind. Der Kodifikationsidee hätte die Aufnahme in den Katalog der ausschließlichen Gesetzgebung besser entsprochen. Diese Erscheinung läßt sich wohl nur aus historisch-politischen Gründen erklären, als Kompromiß, hervorgegangen aus dem Gegensatz zwischen Zentralisten und Föderalisten, welcher in Deutschland wie in anderen Bundesstaaten stets eine erhebliche Rolle gespielt hat. Es soll hier keineswegs Kritik am Föderalismus geübt werden. Der föderative Aufbau der Bundesrepublik ist im Gegenteil durchaus erhaltenswert. Eine bundesstaatliche Struktur setzt aber nicht die Auflösung der gesamtstaatlichen Rechtseinheit in solchen Gebieten voraus, in denen alles für, nichts aber gegen eine einheitliche Rechtsgestaltung spricht (so auch KERN, MDR 1950 S.68 und HUECK, Rechtseinheit S.17/18). Rechtsgebiete wie das bürgerliche Recht und das Arbeitsrecht müssen nun aber auf jeden Fall einheitlich geregelt sein, da sie zu den rechtlichen Grundlagen eines einheitlichen Wirtschaftsraumes gehören. Es ist kein durchschlagender Grund ersichtlich, der es nahelegt, sie lediglich in den Katalog der konkurrierenden Gesetzgebung aufzunehmen. Namentlich ist das gern gebrauchte Argument, man habe an der konkurrierenden Gesetzgebung im Hinblick auf die den Ländern im EGBGB gemachten Vorbehalte festhalten müssen (s. NIPPERDEY, NJW 1951 S.899; WIESE, RdA 1957 S.83; KASTNER S.36; BAG AP Nr.1 zu § 1 Urlaubsg Hamburg Bl.148) unrichtig. Denn auch im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung können die Länder Gesetze erlassen, wenn und soweit sie hierzu vom Bundesgesetzgeber ermächtigt werden (Art.71 GG). Die Art.55 ff. EGBGB sind geradezu ein Schulbeispiel für eine "ausdrückliche Ermächtigung" im Sinne des Art.71 GG.

In einem einheitlichen Wirtschaftsraum muß auch die Ordnung des Arbeitslebens möglichst einheitlich sein (abgesehen natürlich von den durch die Eigenarten der einzelnen Branchen bedingten Besonderheiten). Die Arbeitsverhältnisse sind eine soziale Massenerscheinung¹¹⁾; sie bilden einen der fundamentalen Wirtschaftsfaktoren. Ungleichheit der Arbeitsbedingungen in den einzelnen Ländern führt zu sozialen Ungerechtigkeiten, die Störungen des sozialen Friedens befürchten lassen. Denn es ist verständlich, daß der Arbeitnehmer eines Landes seine Lage mit der der Arbeitnehmer anderer Länder vergleicht¹²⁾. Auch kann die unterschiedliche Belastung der Betriebe in den einzelnen Ländern zu einer Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit der Unternehmer führen. Innerhalb eines Wirtschaftsraumes sollten aber die Wettbewerbsbedingungen möglichst gleich sein¹³⁾. Das begreifliche Streben nach Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit kann sich dahin auswirken, daß soziale Fortschritte nur deshalb verhindert werden, weil sie nicht in allen Ländern gleichzeitig eingeführt werden¹⁴⁾. Schließlich können Landesgesetze auch dem wünschenswerten Abschluß von bundeseinheitlichen Tarifverträgen entgegenstehen¹⁵⁾.

Diese Gesichtspunkte ergeben - abgesehen von einzelnen Arten von Arbeitsverhältnissen, bei denen regionale Gesichtspunkte eine maßgebliche Rolle spielen - ein so starkes Bedürfnis nach Wahrung der Rechtseinheit, daß landesrechtliche Vor-

11) Vgl. NIPPERDEY, Lehrb. S.176.

12) Besonders unangenehme Auswirkungen hat die Rechtszersplitterung für die Arbeitnehmer, die in den Grenzgebieten der Länder wohnen und daher manchmal in dem einen, manchmal in dem anderen Land arbeiten.

13) Kennzeichnend ist, daß eines der Hauptprobleme der sich gegenwärtig anbahnenden supranationalen wirtschaftlichen Zusammenschlüsse die Gewährleistung der Wettbewerbsneutralität darstellt. Wenn diese schon auf internationaler Ebene angestrebt wird, ist es dringend erforderlich, sie zunächst einmal im eigenen staatlichen Wirtschaftsraum herzustellen und zu erhalten.

14) Vgl. HUECK, Rechtseinheit S.21 und RdA 1948 S.82; JOACHIM, Betr.Verf.1955 Nr.4 S.11/12.

15) Vgl. BÜHRIG in "Die Rechtseinheit im Deutschen Arbeitsrecht", 1951, S.21. Die Gesetze lassen allerdings tarifvertragliche Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer meist zu ("Günstigkeitsprinzip"). Die Bewegungsfreiheit der Sozialpartner ist aber dennoch eingeengt.

schriften selbst dann nicht wünschenswert sind, wenn das Bundesrecht nicht ausreicht¹⁶⁾. Die Lückenausfüllung durch richterliche Rechtsschöpfung ist dem Erlaß von landesrechtlichen Vorschriften oft vorzuziehen. Durch das Bestehen des BAG ist die Einheitlichkeit der Rechtsprechung bis zu einem gewissen Grad gewährleistet. Die Rechtssicherheit kann mehr leiden, wenn zahlreiche voneinander abweichende gesetzliche Bestimmungen der Länder bestehen, als wenn es an einer Regelung überhaupt fehlt. Denn es wird oft leichter fallen, bei einer bestimmten Frage die von den oberen Gerichten, namentlich dem BAG, vorgenommene Fortentwicklung des Rechts zu verfolgen als die Rechtssetzungsakte der sämtlichen Bundesländer einschließlich der Rechtsprechung zu diesen Bestimmungen und der Verwaltungsvorschriften zu registrieren. Die Rechtszersplitterung erschwert auch die für die Rechtssicherheit sehr wesentliche wissenschaftliche Durchdringung und Bearbeitung des Stoffes¹⁷⁾.

§ 18. Kritik an der Auffassung BÖTTCHERS

BÖTTCHER¹⁾ billigt an der Auslegung des Art.55 EGBGB durch das BVerfG die Einengung auf das spezifisch bürgerlich-rechtliche Gebiet, nimmt aber an, daß für die Qualifizierung als "bürgerlich-rechtlich" nicht die Rechtsauffassung der Gegenwart, sondern die maßgeblich sei, die zur Zeit der Schaffung des BGB gegolten habe. Demnach beziehe sich das Kodifikationsprinzip nicht auf das nach dem ersten Weltkrieg erwachsene kollektive Arbeitsrecht; das Recht des Arbeitsverhältnisses aber habe man im Jahre 1900 noch als bürgerliches Recht angesehen und daher werde es - obwohl inzwischen seine Sonderrechtsnatur erkannt worden sei - nach wie vor vom Kodifikationsprinzip erfaßt.

16) Daher könnte im Arbeitsrecht die oben in § 11, Ziff.3 (S.57) besprochene Zulässigkeitsschranke von Sperrgesetzen selbst dann kaum Bedeutung erlangen, wenn man entgegen der h.L. Art.72 Abs.2 GG auch auf vorkonstitutionelle Gesetze bezöge.

17) S. dazu HUECK, Rechtseinheit S.18-20 und RdA 1948 S.82; JOACHIM, Betr.Verf.1955 Nr.4 S.12/13.

1) RdA 1958 S.362-364.

1. Ob die von BÖTTICHER vertretene Auslegung dogmatisch haltbar ist, erscheint zweifelhaft.

Wenn man sich einmal auf den Standpunkt stellt, Art. 55 EGBGB beziehe sich nur auf das "spezifisch bürgerlich-rechtliche" Gebiet, dann muß man wohl konsequent sein und die Gebiete, die nach heutiger Auffassung nicht mehr spezifisch bürgerlich-rechtlich sind, aus dem Geltungsbereich des Kodifikationsprinzips herausnehmen. Die Neuqualifizierung des Arbeitsverhältnisses beruht nicht lediglich auf einer juristischen Systemänderung, sondern auf einer tiefgreifenden soziologischen Umwälzung. Man bagatellisiert die so überaus bedeutsamen Umgestaltungen unserer Rechts- und Sozialordnung zu einem bloßen Theorienstreit, wenn man darauf abstellt, welche Gebiete der Gesetzgeber 1900 als "bürgerlich-rechtlich" ansah und welche nicht²⁾.

Auch der Vergleich mit den "Zivilprozeßsachen kraft Überlieferung" im Rahmen des § 13 GVG³⁾ kann nicht überzeugen. Zu der von BÖTTICHER hierzu angeführten Rechtsprechung kam es offensichtlich nur deshalb, weil damals bei den fraglichen öffentlich-rechtlichen Ansprüchen jeder gerichtliche Schutz

2) Ähnlich KÖTTGEN, BB 1956 S. 443, der sich gegen die Ansicht von SOERGEL-BAUER (Anm. 2 vor Art. 55 EGBGB) wendet, bei der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht komme es nicht darauf an, was heute oder in Zukunft als öffentliches oder Privatrecht angesehen werde, sondern lediglich auf die Ansichten des Gesetzgebers, als er die Regelung in Art. 55 EGBGB getroffen habe. Die Ansicht von SOERGEL-BAUER geht zurück auf KLEIN, SeuffBlfRA 72 S. 473 (ebenso schon ZITELMANN Sp. 53). Bei KLEIN und ZITELMANN handelte es sich darum, ob die Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts als öffentliches oder privates Recht zu qualifizieren sind.

3) Es gibt Rechtsverhältnisse, die zur Zeit des Erlasses des GVG noch bürgerlich-rechtlich waren, heute jedoch als öffentlich-rechtlich angesehen werden (z.B. das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis). Diese Rechtsverhältnisse rechnete man den "bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" des § 13 GVG zu (heute ist die Rechtslage durch § 40 der am 1.4.1960 in Kraft getretenen Bundesverwaltungsgerichtsordnung geklärt, vgl. EYERMANN-FRÖHLER Randn. 90-92 zu § 40 VwGO). Die Frage wurde viel diskutiert; vgl. (mit weiteren Hinweisen) ROSENBERG S. 42/43; BOEHMER, Grundlagen I S. 287-292; BGHZ 1, 369 ff. BGHZ 5, 162 ff.

gefehlt hätte, wenn man sie nicht im ordentlichen Rechtsweg erledigt hätte. Daher hat die Rechtslehre diese Rechtsprechung vielfach als überholt angesehen, als nach dem zweiten Weltkrieg durch die Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel für alle Streitigkeiten des öffentlichen Rechts ein dem Zivilprozeß gleichwertiges Verfahren gesichert war⁴⁾. Man darf auch nicht übersehen, daß zur Begründung des Ergebnisses nicht allein der Gedanke, die frühere bürgerlich-rechtliche Qualifikation der streitigen Rechtsverhältnisse müsse für die Auslegung des § 13 GVG maßgeblich sein⁵⁾, herangezogen wurde. Man hat vielmehr in erster Linie auf ein schon im Zeitpunkt des Erlasses des GVG bestehendes Gewohnheitsrecht hingewiesen, demzufolge bei gewissen Rechtsverhältnissen ein Schutz durch die Zivilgerichte gegeben sei⁶⁾.

2. Auch die praktischen Auswirkungen der von BÖTTICHER vertretenen Ansicht können nicht befriedigen.

Es ist nicht einzusehen, warum unter den nicht bürgerlich-, wohl aber privatrechtlichen Gebieten ein Trennungsstrich gezogen werden soll. Es besteht keine Veranlassung, die Gebiete, die im Jahre 1900 noch als bürgerlich-rechtlich angesehen wurden, hinsichtlich des Kodifikationsprinzips anders zu behandeln als die, bei welchen man schon damals diese Qualifikation nicht mehr vornahm oder die sich erst in der Folgezeit gebildet haben. BÖTTICHER kommt doch wohl deshalb dazu, die Einengung des Kodifikationsprinzips auf den spezifisch bürgerlich-rechtlichen Bereich gutzuheißen und Gebiete wie das Tarifvertragsrecht und das Betriebsverfassungsrecht von ihm auszunehmen, weil er - wie das BVerfG - mit Recht annimmt, daß diese Gebiete von den Normen des BGB nicht hinreichend gedeckt werden. Ähnliches gilt aber vom Recht des Arbeitsverhältnisses, das sich heute in beträchtlichem Umfang dem Einfluß der Bestimmungen des BGB entzieht. Für die unterschiedliche Behandlung fehlt daher

4) Vgl. ROSENBERG S.43 mit weiteren Nachweisen.

5) Von BOEHMER, Grundlagen I S.289, wird diese Argumentation ausdrücklich abgelehnt. Er betont (mit weiteren Nachweisen), daß für die Entscheidung der Frage, ob bürgerliches Recht vorliege, nur die Rechtsauffassung im Zeitpunkt des Urteilserlasses maßgeblich sein könne.

6) Vgl. vor allem BGHZ 1,369 ff. (namentlich S.370, 376, 378).

ein innerer Grund.

BOTTICHER nimmt an⁷⁾, daß er mit seiner Lösung das schwierige Problem der Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht zum Teil umgehen könne, da es gerade beim kollektiven Arbeitsrecht und bei vielen Teilen des modernen Wirtschaftsrechts Schwierigkeiten bereite, ob sie dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzurechnen seien. Die Auffassung BOTTICHERS führt aber zu einem anderen Abgrenzungsproblem: nach ihr muß bei jedem regelungsbedürftigen Rechtsinstitut untersucht werden, ob es bereits in den "Gesichtskreis" des Gesetzgebers des BGB fiel und von ihm als bürgerliches Recht angesprochen wurde. Diese Frage ist nicht immer leicht zu beantworten, namentlich bei Rechtsformen, die ihr Gesicht in den letzten Jahrzehnten stark gewandelt haben⁸⁾.

3. BOTTICHERS Auffassung hat gegenüber der des BVerfG den Vorteil, daß wenigstens das Recht des Arbeitsverhältnisses dem Kodifikationsprinzip erhalten bleibt. Richtiger erscheint jedoch die hier vertretene Meinung, die an der uneingeschränkten⁹⁾ Geltung des Kodifikationsprinzips im ganzen Privatrecht festhält.

7) RdA 1958 S.364 oben.

8) BOTTICHER führt das Tarifvertragsrecht als Beispiel eines privatrechtlichen Gebiets an, das seit jeher außerhalb des Rahmens der bürgerlich-rechtlichen Kodifikation gelegen habe. Man kann aber selbst hier anderer Meinung sein. Auch vor 1900 gab es nämlich schon Tarifverträge. Bis zum Erlaß der TVO von 1918 versuchte man, sie in das System des BGB einzuordnen. Der Gesetzgeber des BGB hat die eigentümliche Natur des Tarifvertrages ebensowenig berücksichtigt wie die soziologischen Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses. Den Unterschied, den BOTTICHER zwischen Tarifvertragsrecht und Arbeitsverhältnisrecht macht, gibt es daher nicht. Beide Rechtsinstitute waren schon 1900 bekannt und sind als bürgerliches Recht in die Kodifikation miteinbezogen worden.

9) Wenn man sich einmal von der Vorstellung frei macht, das Kodifikationsprinzip sei nur deshalb gerechtfertigt, weil jeder privatrechtliche Fall aus dem BGB heraus gelöst werden könne, dieses vielmehr als ein vom Bestand der einschlägigen Normen unabhängiges Sperrgesetz ansieht, braucht man seine Wirksamkeit auch nicht mit NIPPERDEY (NJW 1951 S.899; ähnlich WIESE, RdA 1957 S.84) in den Gebieten einzuschränken "die von den Normen des BGB offensichtlich nicht gedeckt werden können" (NIPPERDEY nimmt unzutreffenderweise an, daß dies nur ganz selten vorkomme; vgl. dazu oben § 4, S.14 ff., und § 9, S.38 ff.).

6. Kapitel

§ 19. Kodifikationsprinzip und öffentlich-rechtliche Arbeitschutzvorschriften der Länder

Die Kodifikation des Bundesprivatrechts beschränkt die Befugnisse der Länder zum Erlass von öffentlich-rechtlichen Vorschriften g r u n d s ä t z l i c h nicht¹⁾. Das Kodifikationsprinzip will nur die Setzung von Privatrecht, nicht aber auch von öffentlichem Recht der Länder verhindern²⁾.

Ob ein Sachverhalt durch privates oder durch öffentliches Recht geregelt werden soll, ist in das Belieben des Landesgesetzgebers gestellt; aus dem Landesrecht heraus ist auch zu ermitteln, wie die Normen im Einzelfall zu qualifizieren sind³⁾. Es kann demnach vorkommen, daß ein den gleichen Gegenstand betreffender Rechtssatz in dem einen Land dem öffentlichen Recht angehört und daher vom Kodifikationsprinzip nicht berührt, in dem andern dagegen als Satz des Privatrechts von ihm erfaßt wird.

Die Länder können sich somit der Wirkung des Kodifikationsprinzips dadurch entziehen, daß sie ein Rechtsinstitut nicht privatrechtlich, sondern öffentlich-rechtlich ausgestal-

- 1) Die Grenzziehung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ist schwierig. Näheres bei MOLITOR, RdA 1951 S. 254 ff. (mit weiteren Hinweisen). Einigen Zweifeln dieser Art hilft das EGBGB dadurch ab, daß es gewisse Vorschriften der Landesgesetze, die eher dem öffentlichen als dem Privatrecht angehören, ausdrücklich aufrecht erhält (vgl. Motive zum EGBGB S.147). Den gleichen Zweck verfolgen die Landesausführungsgesetze, die vielfach Bestimmungen ausdrücklich aufheben, von denen es zweifelhaft sein könnte, ob sie zum öffentlichen oder zum Privatrecht gehören. Vgl. BIERMANN S.77, VON TUHR S.12, NIEDNER Anm.II 2 zu Art.55 EGPGB, PLANCK Anm.2 zu Art. 55 EGBGB.
- 2) Vgl. Motive zum EGBGB S.146/147; BIERMANN S.76; ENDEMANN S.74/75; VON TUHR S.12; NIEDNER Anm.II zu Art.55 EGBGB; PLANCK Anm.2 zu Art.55 EGBGB; SOERGEL-BAUER Anm.2 vor Art.55 EGBGB; STAUDINGER-GRAMM Randn.2 vor Art.55, Randn.3 zu Art.55 EGBGB.
- 3) Vgl. Motive zum EGBGB S.147; BIERMANN S.77; VON TUHR S.13; PLANCK Anm.2 zu Art.55 EGBGB; STAUDINGER-GRAMM Randn.5 zu Art.55 EGBGB; NIPPERDEY, NJW 1951 S.897.

ten⁴⁾. Es besteht die Gefahr, daß sie so in manchen Fällen die durch das Kodifikationsprinzip geschaffene Rechtseinheit illusorisch machen⁵⁾. Daher muß untersucht werden, ob es nicht Ausnahmen von dem Grundsatz gibt, daß

4) Diese Möglichkeit besteht aber nur dann, wenn im Bundesrecht Lücken vorhanden sind. Auch das öffentliche Recht der Länder findet nämlich an den materiellen Normen des Bundesprivatrechts seine Grenze. Dieses ist ohne Rücksicht darauf auszulegen und anzuwenden, ob dadurch in das öffentliche Recht der Länder eingegriffen wird. Kompetenzgemäß zustandegekommenes Bundesrecht bricht landesrecht jeder Art. Daher können privatrechtliche Institute des Bundesrechts auch unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten von den Ländern nicht abgeändert, sondern allenfalls ergänzt werden (so auch BIERMANN S.77, ENDEMANN S.75 Fn.8, FLEINER S.22/23 und Leitsatz Nr.7 = S.24; ENNECCERUS-NIPPERDEY S.232). Dies ergibt sich aus Art.31 GG ("Bundesrecht bricht Landesrecht"; der Grundsatz des Verbots des "in fraudem legis agere" braucht in solchen Fällen nicht herangezogen zu werden, was FLEINER a.a.O. nicht genügend beachtet). Kennzeichnend sind die von FLEINER a.a.O. aus dem Schweizer Recht angeführten Beispiele: Kantonale gewerbepolizeiliche Gesetze verpflichteten die Arbeitgeber unter Androhung von Strafe, Lehrverträge schriftlich abzufassen, obwohl das alte Obligationenrecht für alle Dienstverträge die Schriftform nicht eingeführt hatte, ein formlos abgeschlossener Lehrvertrag somit zivilrechtlich gültig blieb. Ebenso bestraften kantonale Gesetze, die sich gegen den unlauteren Wettbewerb richteten, den Geschäftsinhaber, der einem Kunden eine Ware nicht zu dem im Schaufenster genannten Preis verkaufte, obwohl das alte Obligationenrecht in der Ausstellung der Ware im Schaufenster - auch wenn sie unter einer Preisangabe erfolgte - keine Offerte, sondern lediglich eine invitatio ad offerendum erblickte. In diesen Fällen brachten die kantonalen Vorschriften öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte zur Geltung, ohne aber das Bundesprivatrecht abzuändern. Mit Recht hat dagegen das Schweizerische Bundesgericht erklärt, die Kantone seien nicht befugt, die im ZGB abschließend geregelte wechselseitige Unterstützungspflicht der Verwandten unter armenrechtlichem Titel - also öffentlich-rechtlich - auf weitere Grade auszudehnen.

5) Auch das öffentliche Arbeitsrecht der Länder wird selbstverständlich durch das des Bundes gebrochen. Denn der Bund ist im ganzen Arbeitsrecht zur Gesetzgebung befugt. Wenn hier das Verhältnis von Kodifikationsprinzip und der Befugnis der Länder zur Regelung von öffentlich-rechtlichen Fragen untersucht wird, so wird dabei unterstellt, daß dem Erlaß von Landesrecht nicht bereits öffentliches Recht des Bundes entgegensteht.

das Kodifikationsprinzip die öffentlich-rechtlichen Befugnisse der Länder unberührt läßt. Dieses Problem besteht allgemein für das Verhältnis von Bundesprivatrecht zu öffentlichem Recht der Länder. Im Arbeitsrecht gewinnt es aber besondere Bedeutung⁶⁾. Denn in ihm rücken privates und öffentliches Recht besonders nah aneinander. Dies gilt namentlich vom Arbeitsschutzrecht. Das dem öffentlichen Recht angehörige Arbeitsschutzrecht unterscheidet sich seinem Inhalt nach nicht wesentlich vom Recht des Arbeitsverhältnisses. Denn dessen Hauptzweck ist es ebenfalls, den sozial schwächeren Arbeitnehmer zu schützen⁷⁾. Dieses Ziel läßt sich oft sowohl auf privatrechtlichem Wege (durch die Begründung eines klagbaren Anspruchs) als auch durch öffentlich-rechtliche Regelung (Festlegung von behördlicher Aufsicht, öffentlich-rechtlichem Zwang, Strafvorschriften) erreichen⁸⁾. Im Arbeitsrecht ist also die Gefahr der Umgehung des Kodifikationsprinzips besonders groß.

1. FLEINER⁹⁾ hat darauf hingewiesen, daß es den Ländern nicht immer erlaubt sei, einen privatrechtlicher Regelung zugänglichen Lebenssachverhalt vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus unter die Herrschaft des öffentlichen Rechts zu ziehen. Auch die Landesgesetzgebung sei dem Verbot des "in fraudem legis agere"¹⁰⁾ unterworfen.

-
- 6) Daher wurde es im 1. Teil der Arbeit vernachlässigt; es soll hier zusammengefaßt behandelt werden.
- 7) Vgl. HUECK, Lehrb. S.126.
- 8) Manchmal schlägt der Gesetzgeber auch beide Wege ein, verstärkt also die zwingende Privatrechtsnorm durch eine öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschrift. So ist das Truckverbot in § 115 GewO gleichzeitig eine Norm des zwingenden Arbeitsverhältnisrechts (vgl. §§ 116, 117 GewO) und des Arbeitsschutzrechts (s. § 146 Abs.1 Nr.1 GewO). Vgl. auch §§ 62 HGB, 139 g, 139 h, 146 Abs.1 Nr. 4 GewO.
- 9) S.21-23; s. auch KÖTTGEN, BB 1956 S.444 und KASTNER S.30.
- 10) Dieser Begriff besagt inhaltlich etwa das gleiche wie das Gebot der "Bundestreue", vgl. oben § 11 Ziff.4 (S.57/58).

Dieses Verbot will besagen, daß die Länder die ihnen zustehenden Kompetenzen nicht dazu ausnützen dürfen, um in sachfremder Weise Dinge zu regeln, die eigentlich Gegenstand einer anderen, dem Bund vorbehaltenen Materie sind. Entsprechendes gilt für den Bund¹¹⁾. Das Verbot des "in fraudem legis agere" kann also verhindern, daß die Länder bzw. der Bund mit ihren Kompetenzen Mißbrauch treiben¹²⁾. Im allgemeinen dürfen die Befugnisse jedoch ausgeübt werden. Für die Zulässigkeit der Maßnahmen spricht gewissermaßen

11) Ein anschauliches Beispiel bildet ein vom Obersten Bundesgericht der Vereinigten Staaten im Jahre 1922 entschiedener Fall (mitgeteilt von GRAU S.380/381): Der Bund hatte eine Kompetenz für den Erlass von Steuergesetzen, im Arbeitsrecht stand jedoch die Gesetzgebungskompetenz den Einzelstaaten zu. Der Bund wollte ein Gesetz über die Beschränkung von Kinderarbeit (also ein typisch arbeitsrechtliches Gesetz) erlassen. Man war sich klar, daß die Frage in wirksamer Weise nur einheitlich für das ganze Bundesgebiet geregelt werden konnte, weil die Verschiedenheit der einzelstaatlichen Gesetzgebung auf die Konkurrenzfähigkeit der Industrie zurückwirken mußte. Der Bund versuchte daher im Jahre 1919, die Vorschriften im Wege der Steuergesetzgebung zu erlassen. Es wurde eine Steuer von 10% auf den ganzen Reinertrag jedes gewerblichen Betriebes gelegt, in dem Kinder unter 14 Jahren während irgend eines Teils des Steuerjahrs beschäftigt waren oder Kinder zwischen 14 und 16 Jahren länger als 8 Stunden an einem Tag oder mehr als 6 Tage in der Woche oder zur Nachtzeit. Die Steuer sollte nicht erhoben werden, wenn sich der Steuerpflichtige trotz gehöriger Prüfung über das Alter des Kindes im Irrtum befunden hatte. Aufsichtsbeugnisse nicht nur der Steuerbehörden, sondern auch gewerblicher Aufsichtsbeamter waren vorgesehen. Das Oberste Bundesgericht erklärte die "Steuer" für ungültig, weil keinerlei Merkmale einer echten Steuer vorlägen. Ihr Betrag sei nicht nach der Ausdehnung und Häufigkeit der steuerpflichtigen Vorfälle bemessen. Sie sei in gleicher Weise zu zahlen von einem Unternehmer, der 500 Kinder ein ganzes Jahr hindurch beschäftigt wie von jemandem, der ein einziges Kind einen einzigen Tag arbeiten läßt. Ferner sei derjenige, der in Unkenntnis über das Alter des Kindes gehandelt habe, von der Steuer befreit - ein typisches Merkmal für eine Strafe, nicht für eine Steuer. Aus diesen und anderen Anhaltspunkten folgerte das Gericht, daß der Bund die Form des Steuergesetzes nur dazu gewählt habe, um eine in Wirklichkeit arbeitsrechtliche Frage zu regeln.

12) Zu diesem Ergebnis kommt auch das BVerfG NW 1955 S.59, das sich auf das Gebot der "Bundestreue" (vgl. oben Fn. 10, S.105, und § 11 Ziff.4, S.57/58) stützt.

eine Vermutung, die nur beim Vorliegen schwerwiegender, auf einen Rechtsmißbrauch hinweisender Umstände entkräftet ist.

Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt die Lage im Arbeitsschutzrecht, so sieht man, daß das Verbot des "in frau- dem legis agere" keine wirksame Schranke gegen die Umgehung der Wirkung des Kodifikationsprinzips durch den Erlass von öffentlich-rechtlichen Vorschriften darstellt. Da sich der Schutz des Arbeitnehmers in der Regel sowohl auf privat-rechtlichem wie auf öffentlich-rechtlichem Wege verwirklichen läßt, wird man in den seltensten Fällen davon sprechen können, daß ein Mißbrauch vorliegt, wenn die eine und nicht die andere Gestaltungsform gewählt wird.

2. Zur Diskussion gestellt sei ein Gedanke, der die eigen- tümliche Stellung des Arbeitsschutzrechts berücksichtigt.

Die Normen des Arbeitsschutzrechts gehören zwar dem öffent- lichen Recht an, erzeugen aber auch privatrechtliche Wirkun- gen. Heute wird allgemein anerkannt, daß die Beachtung öf- fentlich-rechtlicher Schutzbestimmungen (soweit diese einen typisch arbeitsvertraglichen Charakter tragen) stets auch eine privatrechtliche Pflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer ist¹³⁾. Der Arbeitnehmer hat also einen Erfül- lungsanspruch; der Arbeitgeber haftet (was praktisch beson- ders wichtig ist) bei Verletzung der Pflichten durch Hilfs- personen nach § 278 BGB, nicht nur nach §§ 831, 823 Abs. 2 BGB.

13) Vgl. HUECK, Lehrb. S. 128 und HUECK-FIKENTSCHER, BABl. Ar- beitsschutz 1957 S. 63 ff. mit ausführlichen Hinweisen. Diese Auffassung verwischt nicht den Unterschied zwischen dem Arbeitsverhältnisrecht und dem Arbeitsschutzrecht, an dem festzuhalten ist. Daß das Arbeitsschutzrecht primär dem Staat gegenüber bestehende Pflichten begründet, schließt nicht aus, daß diese Pflichten auch als private Vertragspflichten dem Arbeitnehmer gegenüber bestehen; vgl. NIPPERDEY, Arbeiterschutz S. 216; HUECK a.a.O. S. 128. S. neuerdings § 6 des Jugendarbeitsschutzgesetzes vom 9.8.1960: "Die Pflichten, die nach diesem Gesetz und den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften dem Ar- beitgeber obliegen, gelten zugleich als seine Pflichten gegenüber dem Beschäftigten aus dem Arbeitsverhältnis, soweit sie geeignet sind, den Gegenstand einer arbeits- vertraglichen Vereinbarung zu bilden." Ähnlich bereits § 69 des Entwurfes eines Gesetzes über das Arbeitsver- hältnis von 1938. Man wird jetzt wohl schon vom Vorlie- gen eines Bundesgewohnheitsrechtes sprechen können.

Wenn die Länder öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften erlassen, bestimmen sie daher zugleich den Inhalt des Arbeitsverhältnisses und greifen in das Privatrecht ein, was ihnen durch das Kodifikationsprinzip verboten ist. Diese Wirkung tritt notwendig ein, ohne daß es darauf ankäme, ob der Gesetzgeber einen entsprechenden Willen zum Ausdruck gebracht hat. Daher wird man nicht die Auffassung vertreten können, daß bei Arbeitsschutzvorschriften d e r L ä n d e r die privatrechtliche Funktion von der öffentlich-rechtlichen abgetrennt wird und im Hinblick auf das Kodifikationsprinzip nur die letztere eintritt. Man wird vielmehr annehmen müssen, daß auch öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften der Länder insoweit ausgeschlossen sind, als sie Fragen betreffen, die für die privatrechtlichen Beziehungen der Arbeitsvertragspartner zueinander Auswirkungen haben können und die justiziabel sind. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Kodifikationsprinzip. Es steht dem Erlaß von privatrechtlichen Gesetzen durch die Länder entgegen; da die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften zugleich die privatrechtlichen Beziehungen von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer regeln, werden auch sie von ihm erfaßt.

Freilich wird man das Arbeitsschutzrecht der Länder, das ja in erster Linie öffentlich-rechtlichen Charakter hat, nicht völlig dem Landesprivatrecht gleichstellen können. Wenn besondere Gesichtspunkte für eine öffentlich-rechtliche Regelung sprechen, müssen die Länder dazu ungeachtet des Kodifikationsprinzips befugt sein. Man wird am besten so formulieren: Die Vermutung, die im Normalfall für die Rechtssetzungsbefugnis der Länder im öffentlichen Recht spricht (vgl. oben Ziff.1), kehrt sich im Arbeitsschutzrecht um. Das Kodifikationsprinzip schließt hier die Länder von der Gesetzgebung aus, sofern nicht besondere Gesichtspunkte eine öffentlich-rechtliche Regelung erfordern. Damit ist die Gefahr einer Umgehung des Kodifikationsprinzips beseitigt, ohne daß unnötigerweise in die Länderhoheit eingegriffen wird, wenn eine öffentlich-rechtliche Regelung sachlich notwendig ist.

Z U S A M M E N F A S S U N G

Die Ergebnisse der Arbeit lassen sich in knapper Form wie folgt zusammenfassen:

1. a) Das Bundesprivatrecht ist lückenhaft. Auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit wird von Lücken durchbrochen. Der Richter kann bei Lücken im Gesetz seine Entscheidung nicht aus einem formallogischen Schlußverfahren gewinnen, sondern muß eigene Wertung beisteuern. Je nachdem, ob die Subsumtion eines Tatbestands unter konkrete Normen oder die richterliche Rechtsschöpfung überwiegt, bewegt er sich im Gesetzesanwendungs- oder im Lückenbereich.
- b) Die Funktion des Kodifikationsprinzips ist es, das Landesrecht dann auszuschließen, wenn die bundesrechtliche Regelung lückenhaft ist. Es ist daher ein Sperrgesetz, d.h. ein Gesetz, das die Länder ohne materielle Regelung von der Gesetzgebung verdrängt. Ob es mit dem Grundgesetz in Einklang steht, läßt sich nur an Hand einer allgemeinen Prüfung der Zulässigkeit von Sperrgesetzen beurteilen. Die Auffassung des BAG, Sperrgesetze widersprächen der Verfassung, das Kodifikationsprinzip sei aber dennoch gültig, ist abzulehnen.
- c) Sperrgesetze enthalten eine Garantie der richterlichen Rechtsschöpfung und sind daher grundsätzlich zulässig. Dem Bund muß die für die Rechtsentwicklung sehr wichtige Entscheidung darüber zustehen, welche Fragen durch Normen geregelt und welche von staatlicher Rechtssetzung frei bleiben sollen. Einschränkungen ergeben sich aus dem allgemeinen Gebot der Bundestreue und daraus, daß Art. 72 Abs. 2 GG, dem bei Sperrgesetzen größere Bedeutung zukommt als sonst, beachtet werden muß (dies aber nur bei nachkonstitutionellen Gesetzen und daher nicht beim Kodifikationsprinzip). Dagegen gibt es für Sperrgesetze keine zeitlichen Zulässigkeitsschranken; im Interesse der Rechtssicherheit müssen Sperrgesetze ferner auch insoweit für wirksam gehalten werden, als sie die Länder am Erlass von Ordnungsnormen (die nicht justiziable Fragen betreffen) hindern.
- .. a) Das Arbeitsprivatrecht des Bundes weist zahlreiche Lücken auf. Namentlich ältere Gesetze (wie etwa das BGB) sind lückenhaft, weil sie einige sehr wichtige soziologische Faktoren, die nach unserer heutigen Auffassung das Wesen des Arbeitsverhältnisses ausmachen, nicht berücksichtigen. Auch die Vertragsfreiheit wird aus diesem Grund häufig von Lücken durchbrochen. In § 105 GewO ist aber eine Sperrnorm enthalten, die nach den gleichen Regeln zu beurteilen ist wie das Kodifikationsprinzip. Dagegen gibt es im Zusammenhang mit der Tarifautonomie keine materiellen, dem Landesrecht vorgehenden Normen des Bundesrechts und auch keine Sperrgesetze.

- b) Das Kodifikationsprinzip erstreckt sich auf das gesamte Privatrecht und damit auch auf den privatrechtlichen Teil des Arbeitsrechts. Dies ergibt schon die historische Auslegung des bürgerlich-rechtlichen Kodifikationsprinzips, vor allem aber die objektive Auslegung, bei der das Bedürfnis nach Rechtseinheit und der Gedanke der Einheit des Privatrechts als tragende Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Im Arbeitsrecht hat die Rechtszersplitterung besonders schädliche Auswirkungen. Daher ist die entgegengesetzte Ansicht des BVerfG abzulehnen; ebenso die BÖT-TICHERS, nach der die Wirksamkeit des Kodifikationsprinzips davon abhängen soll, ob das betreffende Gebiet im Jahre 1900 als bürgerlich-rechtlich angesehen worden ist.
- c) Das Kodifikationsprinzip schließt nur den Erlaß von Landesprivatrecht aus; öffentliches Recht der Länder bleibt grundsätzlich unberührt. Öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften der Länder werden jedoch wegen der von ihnen ausgehenden privatrechtlichen Wirkungen vom Kodifikationsprinzip erfaßt; sie können nur dann erlassen werden, wenn besondere Gesichtspunkte für eine öffentlich-rechtliche Regelung sprechen.

Die im Thema der Arbeit gestellte Frage ist also zu bejahen. Die hier vertretene Lösung steht im Gegensatz zu der Auffassung des BVerfG, sie stimmt dagegen mit der des BAG überein - allerdings nur im Ergebnis, nicht in der Begründung.

Lebenslauf

Ich wurde am 3. Oktober 1934 als Sohn des Drogeriebesitzers Alfred Fey und seiner Ehefrau Anna, geb. Werthmann, in Lauingen/Donau (Landkreis Dillingen/Donau) geboren.

Vom September 1941 an besuchte ich die Volksschule in Lauingen. Im Januar 1946 trat ich in das Gymnasium mit Realschule in Dillingen/Donau über, an dem ich im Sommer 1953 die Reifeprüfung ablegte.

Im Wintersemester 1953/1954 immatrikulierte ich mich an der Universität München. Im Sommersemester 1954 begann ich mein juristisches Studium. Am 13. Januar 1958 bestand ich in München die erste juristische Staatsprüfung.

Gegenwärtig leiste ich in München den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar ab.

